
VE
RI
TAS

Netherlands.

HET

NEDERLANDSCH

BURGERLIJK REGT.

HET

NEDERLANDSCH BURGERLIJK REGT,

NAAR DE VOLGORDE

VAN HET

BURGERLIJK WETBOEK,

DOOR

Mr. G. DIEPHUIS,

Hoogleeraar in de Regten te Groningen.

TWEEDE, HERZIENE DRUK.

ACHTSTE DEEL.

TE GRONINGEN, BIJ

J. B. WOLTERS.

—

1859.

HET NEDERLANDSCH BURGERLIJK REGT.

DERDE BOEK.

VAN VERBINDTENISSEN.

ELFDE TITEL.

Van schenkingen.

§ 1.

Van schenking in het algemeen.

1. Schenking wordt in art. 1703 *a* B. W. gezegd te zijn eene overeenkomst, waarbij de schenker, bij zijn leven, om niet en onherroepelijk eenig goed afstaat ten behoeve van den begiftigde, die het aanneemt. Meer volledig zou men kunnen zeggen, dat schenking is eene overeenkomst, in den vereischten vorm opgemaakt, waarbij de eene partij, de schenker, zich, zonder daartoe regtens verpligt te zijn, onherroepelijk verbindt om bij zijn leven om niet eenig goed over te dragen aan de andere partij, den begiftigde, die zulks aanneemt (1).

2. Art. 894 C. N. noemt schenking un acte. Het Ontwerp noemde haar un contrat; men achtte echter deze benaming minder juist, omdat zij, wederzijdsche verpligtingen bij beide partijen veronderstellende, voor schenking kwalijk passen zou (2). Desniettemin wordt

(1) Eenigzins anders V. ASSEN, § 391, bl. 428. — (2) *Conf. du C. C.*, IV, bl. 114 en v.; MALLEVILLE, II, bl. 359.

schenking ook door de schrijvers over het Fransche regt vrij algemeen als eene overeenkomst beschouwd (1). En zij is dit inderdaad; daar tot haar bestaan, even als bij iedere andere overeenkomst, de medewerking en wederzijdsche toestemming van beide partijen gevorderd wordt (2), tusschen welke zij eene verbindtenis doet geboren worden, die in de levering van het geschonkene hare vervulling erlangt. Zij verschilt hierin geheel en al van den uitersten wil, die alleen het werk is van den erflater, zonder medewerking van den erfgenaam of legataris. Zij valt geheel in de bepaling, die de wet van overeenkomst geeft, en is daarom teregt door onzen wetgever aldus genoemd (3). Wel heeft zij hare bijzondere eigenschappen (4), en vereischte daarom eene afzonderlijke behandeling in de wet, maar haar wezen verandert daardoor niet.

3. Onze wetgever heeft dan ook het onderwerp in een afzonderlijken titel van het derde boek behandeld, terwijl de C. N. in één en denzelfden titel handelt „des donations entre-vifs et des testaments.” De oorzaak dier vereeniging was daarin gelegen, dat onderscheidene bepalingen aan beide onderwerpen gemeen konden zijn (5). Dit kon echter wel aanleiding geven tot eene verwijzing, bij de behandeling van het eene onderwerp, naar bepalingen elders omtrent het andere gemaakt, — eene verwijzing, die wij dan ook in art. 1712 en 1718 B. W. aantreffen (6), ofschoon het wegens het verschil tusschen beide onderwerpen ongetwijfeld wenschelijker ware geweest, dat de aangehaalde bepalingen waren herhaald, met zoodanige wijzigingen als noodig zouden bevonden zijn (7), — maar het mogt niet leiden tot eene vereeniging van twee onderwerpen, tusschen welke een zoo wezenlijk onderscheid bestaat. Om toch niet te zeggen, dat men door schenking zich van zijn goed ontdoet bij zijn leven, en de beschikking bij uitersten wil eerst na den dood werkt; dat schenking onherroepelijk is, een uiterste wil daarentegen vrijelijk kan worden herroepen, en wat dergelijke bijzonderheden meer zijn (8); zoo geeft de uiterste wil, waar hij ten gevolge van het overlijden des erflaters in werking treedt, een zakelijk regt van erfgenaamschap, terwijl de schenking, even als elke andere overeen-

---

(1) TOULLIER, V, n. 4; DURANTON, VIII, n. 13—17; GRENIER, *Des donations et testamens*, n. 76—78; ZACHARIAE, III, § 646, bl. 4 en n. 1. — (2) Zoo is het bij ons, hoe het dan ook naar het Romeinsche regt moge geweest zijn. Verg. v. SAVIGNY, *Syst.*, IV, vooral § 160, bl. 145 en v. — (3) VOORDUIN, V, bl. 324, 326; ASSER, § 803; LIPMAN, bl. 509 en v. Zie voorts OPZOOMER, III, bl. 176 en v. — (4) Zie VOORDUIN, V, bl. 325. — (5) TOULLIER, V, n. 1; DURANTON, VIII, n. 2; DABELOW, II, § 801, bl. 161. — (6) Verg. ASSER, § 810. — (7) Bij de beraadslaging werd ook het verlangen te kennen gegeven, dat de aangehaalde artikels zouden worden ingelascht. Zie VOORDUIN, V, bl. 339, n. III. — (8) DURANTON, VIII, n. 5; ASSER, § 4.

komst, enkel eene verbindtenis, een jus ad rem doet geboren worden (1).

4. Tot eene schenking is alzoo de toestemming van schenker en begiftigde beide noodig; wat de een aan den ander wil afstaan, moet deze van genen aannemen. Art. 1703 *a* B. W. maakt daarvan uitdrukkelijk melding door de woorden: „die hetzelve aanneemt", en drukt daardoor uit, wat aan zijde van den begiftigde geschieden moet, om, met hetgeen de schenker zijnerzijds doet, de overeenkomst tot stand te brengen. Zoolang die aanneming ontbreekt, is de verklaring van iemand, die om niet ten behoeve van een' ander afstand wil doen van eenig goed, slechts een aanbod of eene belofte, maar geene overeenkomst, en dus ook als zoodanig geene bron van regten en verpligtingen, die de wet nergens — en zoo ook hier niet — uit zoodanig aanbod of belofte doet geboren worden (2). Art. 1720 *a* B. W. zegt dan ook uitdrukkelijk, dat geene schenking — men had misschien liever moeten zeggen: geen aanbod van schenking — zonder aanneming voor den schenker verbindende is, of eenig gevolg hoegenaamd te weeg brengt. Hij, die het aanbod heeft gedaan, blijft dus bevoegd om het te herroepen; hij blijft de vrije beschikking over het goed behouden, en kan het naar welgevallen aan een' derde vervreemden, en in die vervreemding ligt dan van zelf het bewijs opgesloten, dat hij niet meer volhardt bij zijn vroeger aanbod.

5. Gelijk het namelijk in het algemeen bij overeenkomsten niet noodig is, dat beide partijen gelijktijdig haren wil te kennen geven, zoo is dit ook niet noodig bij schenking. Art. 1720 *b* B. W. geeft dit uitdrukkelijk te kennen, door eene latere akte van aanneming toe te laten, terwijl ook het eerste lid de schenking slechts verbindende verklaart van den dag, waarop zij op de vereischte wijze is aangenomen (3). Wel werd, tijdens de beraadslagingen, de aanmerking gemaakt, dat daardoor was afgezien van het vereischte der gelijktijdigheid, welke aan de overeenkomsten eigen schijnt te zijn, maar in de toelichting van den heer BARTHÉLÉMY werd de ongegrondheid dier aanmerking aangewezen (4). De gelijktijdigheid, waarvan hier sprake kan zijn, is niet noodig ten aanzien der tekennengeving, maar slechts ten aanzien van het werkelijk bestaan van den overeenstemmenden wil

(1) VOORDUIN, V, bl. 324, 326; ASSER, § 456, 803. Verg. LIPMAN, bl. 509. — De bedenking tegen zoodanige plaatsing gemaakt door V. SAVIGNY, t. a. p., bl. 2 en v. (verg. PUCHTA, *Vorl.*, I, bl. 145) moge gelden voor het Romeinsche, ze geldt niet voor ons regt. — (2) TOULLIER, V, n. 206, 217; GRENIER, n. 56; ZACHARIAE, III, § 651, bl. 20, en n. 1; DABELOW, II, § 814, bl. 189; DE PINTO, II, § 935, bl. 459; 3e uitg. § 995, bl. 570. — (3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 342. — (4) VOORDUIN, V, bl. 325, 328, n. XI.

der beide partijen; en het is daarom voldoende, zoo de schenking wordt aangenomen op een' tijd, waarin de schenker nog bij zijn aanbod volhardt. Dit laatste moet hij geacht worden te doen, zoolang hij het tegendeel niet óf uitdrukkelijk óf stilzwijgend door daden heeft te kennen gegeven, of althans de omstandigheden niet leiden tot het aannemen van een veranderden wil (1); en daarin kan te minder bezwaar bestaan, omdat, blijkens art. 1719 B. W., de geheele vraag alleen te pas kan komen, waar iemand bij notariële akte een aanbod van schenking heeft gedaan.

6. Maar die volharding kan ook alleen worden aangenomen gedurende het leven van den schenker, en art. 1720 *b* B. W. vordert daarom ook uitdrukkelijk, dat de latere aanneming, waarvan daar sprake is, gedurende dat leven plaats hebbe. Hij, die door de schenking zou bevoordeeld worden, kan dus na den dood des schenkers niet meer met eenig gevolg de schenking aannemen; het onderwerp dier schenking behoort nu tot de nalatenschap des schenkers, al heeft deze ook van geen veranderden wil doen blijken. Zijn dood heft zijn niet aangenomen aanbod op, of belet althans het tot stand komen der schenking, omdat hem daarna geen voortdurende wil kan worden toegeschreven (2).

7. Eveneens kan de aanneming slechts door of namens den begiftigde geschieden, en dus niet na zijn' dood door zijne erfgenamen. Wel spreekt art. 1720 *b* slechts van het leven van den schenker, en niet van dat van den begiftigde; maar het was ook slechts noodig ten aanzien van het eerste allen twijfel op te heffen, die ten aanzien van het laatste niet kon bestaan. Het aanbod toch van den schenker was aan den begiftigde gedaan, niet aan zijne erfgenamen. Het kon daarom ook alleen door genen worden aangenomen, niet door dezen, die ook als opvolgers in al de regten van den overledene slechts aanspraak kunnen maken op de werkelijke regten van dezen, maar geen aanspraak kunnen gronden op eenige handeling, welke, bij gebreke van aanneming door den begiftigde zelven, volgens de bepaling van art. 1720 *a* B. W. geen gevolg hoegenaamd te weeg bragt. De dood van den begiftigde heft dus eveneens het niet aangenomen aanbod op en belet het tot stand komen der schenking (3).

8. De aanneming, — waarop wij later zullen moeten terugkomen met opzigt tot de bevoegdheid daartoe en den vorm, waarin zij moet ge-

---

(1) Verg. hierboven VI, n. 424. — (2) V. SAVIGNY, bl. 151 en v.; DE PINTO, II, § 935, bl. 460; 3e uitg. § 995, bl. 570; TOULLIER, V, n. 206, 208; DURANTON, VIII, n. 418; *Conf. du C. C.*, IV, bl. 251. De hier vermelde aanmerking van het Tribunat is blijkbaar geheel verkeerd opgevat door DABELOW, II, § 814, bl. 189. — (3) DURANTON, VIII, n. 419; TOULLIER, V, n. 212; GRENIER, n. 56.

schieden, — is alzoo niet enkel eene formaliteit, maar behoort tot het wezen der schenking (1), welke zonder haar niet bestaat. Aan den anderen kant is ook de schenking, zoo zij op de vereischte wijze is aangenomen, voltrokken, al zegt de wet dit niet uitdrukkelijk, gelijk ten aanzien van koop en verkoop in art. 1494 B. W., en gelijk art. 938 C. N. het uitdrukkelijk zegt. Van den verderen inhoud dier bepaling is onze wetgever wel, overeenkomstig het door hem aangenomen stelsel, in art. 1723 B. W. afgeweken, maar dit belet niet, dat de overeenkomst zelve voldongen is. En de schenking is, gelijk wij zagen, behoudens hare eigenaardigheden, eene overeenkomst.

9. Als zoodanig is zij dan ook aan de algemeene bepalingen omtrent deze onderworpen. Zoo gelden, onverminderd de bijzondere bepalingen, ook de algemeene regelen omtrent de bekwaamheid, de toestemming, het onderwerp en de geoorloofde oorzaak, en zoo is ook eene schenking nietig in alle gevallen, waarin eene overeenkomst nietig is (2).

10. Art. 1703 *a* B. W. zegt, dat de schenker bij die overeenkomst eenig goed bij zijn leven afstaat. Art. 894 C. N. zeide, dat hij „se dépouille actuellement (3); en naar het stelsel van dat wetboek werd dan ook het geschonkene door de overeenkomst van schenking zelve het eigendom van den begiftigde. Bij de afwijking van dat stelsel schijnt de uitdrukking onzer wet niet geheel naauwkeurig. De overeenkomst van schenking bedoelt wel eene overdragt van eenig goed, maar zij heeft ten aanzien daarvan dezelfde gevolgen als andere overeenkomsten, welke zoodanige overdragt bedoelen. En gelijk nu art. 1493 B. W. koop en verkoop bepaalt als eene overeenkomst, niet waarbij de een eene zaak aan den ander afstaat, maar waarbij de een zich verbindt om eene zaak te leveren, had men, mijns bedunkens, ook de schenking kunnen noemen eene overeenkomst, waarbij de schenker zich verbindt om eenig goed over te dragen. De bijvoeging „bij zijn leven," die aan den C. N. natuurlijk vreemd moest zijn, krijgt vooral beteekenis, wanneer wij het woord, dat de wetgever bezigde, in dien zin opvatten, en strekt dan ter nadere bepaling. En men zie daartegen geene zwarigheid, bepaaldelijk met het oog op die giften van hand tot hand, waarvan art. 1724 B. W. spreekt; immers, hoezeer hier de nakoming der verbindtenis geheel gelijktijdig plaats heeft met haar ontstaan, kan men toch de handeling ontleden in eene overeenkomst en de nakoming der daaruit ontstane verbindtenis, en zal men eene gift van hand tot hand nood-

---

(1) GRENIER, n. 56. — (2) Verg. ZACHARIAE, III, § 651, bl. 21. — (3) Verg. DURANTON, VIII, n. 18 en v.; GRENIER, n. 2.

wendig aldus moeten beschouwen, wanneer zij ook begrepen zal zijn in de bepaling, die art. 1703 van schenking geeft (1).

11. De verpligting des schenkers tot overdragt bij zijn leven sluit reeds in, wat art. 1703 *b* B. W. nog uitdrukkelijk zegt, dat de wet geene andere schenking kent dan *schenkingen onder de levenden*. Onze wetgever heeft door die bepaling allen twijfel willen opheffen, die deswege onder den C. N. nog bestond, en stellig zoodanige schenkingen uitgesloten, die in het Romeinsche regt bekend waren onder den naam van donationes mortis causa (2), en plaats hadden, meestal met het oog op een bepaald, den schenker dreigend levensgevaar, in allen gevalle met het oog op diens dood, en slechts gevolg erlangen, in het eerste geval wanneer de schenker dat gevaar niet overleefde, in het andere, wanneer hij vóór den begiftigde of althans niet na dezen kwam te sterven (3). Deze schenkingen ter zake des doods waren en bleven werkelijke schenkingen, maar ze waren herroepelijk, en werden, wat de bevoegdheid daartoe en hare gevolgen betreft, in den lateren tijd meer en meer, en door JUSTINIANUS bijna geheel met legaten gelijk gesteld (4), wat men wel moest doen, zoo men de bepalingen, omtrent deze gemaakt, niet door het bezigen van een anderen vorm wilde zien verijdelen. Maar nu bestond er dan ook voor onzen wetgever geene reden om zoodanigen vorm te erkennen, en twee verschillende en zoo uiteenloopende soorten van schenking nevens elkander toe te laten. Men kan ook bij ons wel met hetzelfde gevolg en onder dezelfde voorwaarden aan een' ander bepaalde voordeelen toekennen, als dit door de mortis causa donatio geschiedde, maar men kan het niet in den vorm eener schenking, die nu als overeenkomst eene bepaalde verbindtenis schept en, volgens de uitdrukkelijke bepaling der wet, een onherroepelijken afstand ten gevolge heeft; men kan het alleen in den vorm eener erfstelling of van een legaat, met inachtneming der formaliteiten, voor uiterste wilsbeschikkingen voorgeschreven, waarbij wel de verklaring van den bevoordeelde, dat hij het hem toegezegde gaarne aanneemt, geene oorzaak van nietigheid, maar toch ook zonder eenige bijzondere kracht is, en waarbij dan alleen aan eene naar haar wezen herroepelijke uiterste wilsbeschikking en niet aan eene overeenkomst te denken valt. De vrije beschikking is hierdoor niet verkort; wel is de regtszekerheid door meer bepaalde vormen bevorderd. Er is dus nu slechts ééne soort van schenking.

12. Dat de schenker eenig goed ten behoeve van den begiftigde

---

(1) Verg. het gezegde omtrent koop en verkoop hierboven VII, n. 3. — (2) ASSER, § 803; DE PINTO, II, § 926, bl. 455; 3e uitg. § 986, bl. 566 en v.; MALLEVILLE, II, bl. 357 en v.; TOULLIER, V, n. 11; DURANTON, VIII, n. 6 en v.; GRENIER, *Observ. prél.*, n. 13 en v.; ZACHARIAE, III, § 694, n. 1, bl. 2 en v. — (3) § 1 Inst. *de donationibus* (II, 7); V. SAVIGNY, § 170, bl. 239 en v. — (4) Verg. V. SAVIGNY, § 172 en v., bl. 266 en v.

afstaat, of althans zich verbindt om eenig goed aan hem over te dragen, sluit in zich het begrip eener vervreemding, waardoor dat goed uit het vermogen van den schenker in dat van den begiftigde overgaat, en alzoo het vermogen van genen verminderd en deze verrijkt wordt (1). Hieruit volgt, dat er alleen sprake kan zijn van schenkingen ten aanzien van goederen, niet van zekere dienstbetooningen of andere begunstiging, waardoor òf de bezittingen van den een niet verminderd, òf die van den ander niet vermeerderd worden, of die slechts strekken tot bevestiging van een reeds bestaanden toestand, tot pandgeving, borgstelling enz. Maar tevens volgt er uit, dat er geene schenking bestaat, waar de een wel door, en eenigzins ten koste van den ander verrijkt wordt, maar zonder dat dit het gevolg van eenige vervreemding is. Zoo zal de verwerping eener erfenis of van een legaat, hoezeer geschied met het bepaalde doel om hem te bevoordeelen, die ten gevolge dier verwerping daartoe geregtigd zijn zal, niet als schenking beschouwd kunnen worden, omdat er geene vervreemding plaats heeft, even weinig als de afwijzing eener schenking in het belang van den schenker gedaan, als eene schenking beschouwd kan worden. Hetzelfde geldt, waar men de voorwaarden, aan een legaat verbonden, met gelijke bedoeling onvervuld laat, waar men eenig regt door verjaring laat verloren gaan en in dergelijke gevallen (2). Hetzelfde geldt in geval eener kwijtschelding van schuld, die ook niet als eene schenking kan beschouwd worden (3).

13. Wij zullen later zien, welke zaken een onderwerp van schenking kunnen uitmaken, alsmede welken vorm de wet voor deze heeft voorgeschreven, en op welke wijze zij hare vervulling kan erlangen. Eveneens zullen wij later zien, welke voorwaarden en bepalingen bij de schenking kunnen worden bedongen en gemaakt, en merken hier slechts aan, dat deze niet mogen strekken tot vernietiging van het wezen der schenking zelve, en dat met name het voorschrift van art. 1705 B. W. strekt om daartegen te waken (4).

14. De vervreemding, die de schenking bewerkt, is, volgens art. 1703 *a* B. W., onherroepelijk. Aan den eenen kant kan dit schijnen in strijd te zijn met den inhoud der vierde afdeeling, die handelt van

---

(1) Tegen deze laatste uitdrukking verzet zich, mijns inziens noodeloos en zonder grond, mr. J. A. FRUIN, in *Themis*, 2, IV, bl. 71—78. — (2) Verg. hierbij V. SAVIGNY, § 114 en v., bl. 18 en v. Men houde echter bij het lezen van dezen schrijver, met name § 146, in het oog, dat wanneer iets in het Romeinsche regt als schenking beschouwd of behandeld werd, hieruit nog niet mag worden afgeleid, dat het inderdaad en bepaaldelijk naar onze wet schenking is. Zie ook PUCHTA, bl. 144 en v. — (3) Verg. hierboven VI, n. 1008. Zie echter V. SAVIGNY, bl. 295 en v. — (4) ZACHARIAE, III, § 646, 4°, bl. 4.

het herroepen van schenkingen. Maar die herroeping wordt daar slechts in enkele bepaaldelijk aangewezen gevallen toegelaten, buiten welke, volgens art. 1725 B. W., eene schenking niet kan worden herroepen; zoodat de hier gemaakte uitzondering, zoo men haar namelijk als zoodanig moest beschouwen, waarop wij te zijner plaatse zullen terugkomen, in allen gevalle veelmeer gezegd kan worden den regel te bevestigen. Aan den anderen kant zou men kunnen aanmerken, dat de onherroepelijkheid niet juist een eigenaardig kenmerk is der schenking, maar voor alle overeenkomsten evenzeer geldt, en dat uit dien hoofde daarvan hier evenmin als ten aanzien der andere overeenkomsten melding had behoeven gemaakt te worden. Dat art. 1703 het uitdrukkelijk vermeldt, is dan ook misschien een gevolg daarvan, dat ook art. 894 C. N. er melding van maakt, wat op zich zelf weer schijnt toegeschreven te moeten worden aan het verband, waarin het staat met art. 893 en 895; daar in art. 893 gezegd wordt, dat men om niet over zijne goederen kan beschikken door schenking of door uiterste wilsbeschikking, waarop dan volgt, dat schenking is „un acte par lequel le donateur se dépouille irrévocablement", en het testament „un acte — qu'il peut révoquer." Men kan echter de bepaling tevens in dien zin opvatten, dat de schenking niet slechts uit haren aard onherroepelijk is, maar dat dit zoodanig tot haar wezen behoort, dat het tegendeel zelfs niet bij de overeenkomst kan worden bedongen, zonder haar te doen ophouden eene geldige schenking te zijn (1). Wij komen hierop nader terug.

15. De vervreemding, waartoe de schenking strekt, moet voorts geschieden om niet, en dit moet ook door de partijen bedoeld zijn. Het eerste, wat wel uit art. 893 C. N. kon worden afgeleid, maar niet bepaald was in art. 894, is in de bepaling, die art. 1703 *a* B. W. van schenking geeft, uitdrukkelijk opgenomen (2). Daardoor alleen heeft er ook eene vermindering van het vermogen des eenen, en eene vermeerdering van dat des anderen plaats. En daartoe behoort niet slechts, dat hetgeen de schenker geeft niet de prijs moet zijn van hetgeen hij daarvoor in de plaats bekomt, maar ook, dat hij niet moet hebben gehandeld tot vervulling eener bestaande verbindtenis. Wanneer, hetgeen men aan een' ander wil afstaan, de prijs is van hetgeen men van dezen bekomt of van hetgeen deze voor ons verrigt, dan valt er aan geene schenking te denken. Hetzelfde geldt

---

(1) De pinto, II, § 926, bl. 455; 3e uitg. § 986, bl. 565 en v.; toullier, V, n. 223; grenier, n. 8; zachariae, III, § 646, 5°, bl. 4 en v. — (2) Asser, § 803. Verg. malleville, II, bl. 359; zachariae, III, § 646, n. 3.

bij leening, waardoor men, voor hetgeen men afstaat, eene inschuld in de plaats bekomt en in andere gelijksoortige gevallen (1). Hetzelfde geldt bij betaling eener schuld, waardoor noch het vermogen van den schuldenaar verminderd, noch dat van den schuldeischer vermeerderd wordt, en die niet plaats heeft om niet, maar om eene bestaande schuld af te doen. Het is daartoe niet eens noodig, dat er eene schuld voldaan zij, wier voldoening in regten gevorderd kon worden; het gezegde vindt ook zijne toepassing in geval van vrijwillige voldoening eener natuurlijke verbindtenis, gelijk daarvan gesproken wordt in art. 1395 *b* B. W. (2). Ook hier toch is inderdaad niet gegeven om niet en met het doel om den ander een voordeel te bezorgen, maar met de alle schenking uitsluitende bedoeling om zich van eenige verpligting te kwijten; gelijk dan ook zoodanige vrijwillige voldoening in art. 1395 *b* niet beschouwd wordt als eene betaling van wat niet verschuldigd is, maar juist tegenover deze wordt gesteld en verklaard tot geene terugvordering aanleiding te geven.

16. Het moet ook de bedoeling der partijen zijn, dat de vervreemding om niet plaats hebbe. Gelijk in het geval van art. 1395 *b* B. W. juist de vrijwillige voldoening aan eene natuurlijke verbindtenis de terugvordering van het betaalde uitsluit, die door het bestaan van zoodanige natuurlijke verbindtenis op zich zelve niet werd uitgesloten, zoo is het ook diezelfde vrijwillige voldoening, welke belet in zoodanig geval eene schenking aan te nemen. Is er buiten het geval van zoodanige natuurlijke verbindtenis iets door den een aan den ander gegeven, zonder dat gene daartoe verpligt was of daarvoor iets in de plaats kreeg, zoo heeft er òf eene betaling plaats gehad van iets, dat niet verschuldigd was en uit dien hoofde kan worden teruggevorderd, òf er bestaat althans dwaling, die tot vernietiging, en dien ten gevolge tot terugvordering aanleiding geeft. En die bedoeling is niet alleen bij den schenker noodig, ook de begiftigde moet daarin met hem overeenstemmen; anders toch bestaat er aan zijne zijde geene aanneming van iets, dat om niet wordt afgestaan, is er dus geene overeenkomst, en bij gevolg geene schenking aanwezig, en kan hetgeen reeds is overgedragen eveneens worden teruggevorderd.

17. Hetgeen wij gezegd hebben omtrent het vereischte, dat de vervreemding om niet geschiede, belet intusschen niet, dat er schenking kan zijn, al was ook de schenker door andere beweegredenen

---

(1) Verg. v. SAVIGNY, bl. 56 en v.; PUCHTA, bl. 145. — (2) Verg. hierboven VI, n. 31 en v.

geleid, dan enkele genegenheid jegens den begiftigde (1). Van eer- of baatzuchtige bedoelingen behoeft hier wel geen sprake te zijn; omdat, wanneer ook al de schenker door zijne gift de genegenheid en welligt weldaden van den begiftigde wilde uitlokken, zijne vervreemding echter niettegenstaande die bedoeling om niet zou zijn geschied. Maar ook waar de schenking strekt tot vergelding van bewezen diensten of weldaden, ja misschien van eene andere schenking, daar houdt zij eveneens niet op schenking te wezen. Behalve dat er wel geene reden kan bestaan om deze uit te zonderen van de bepalingen omtrent schenkingen in het algemeen, de bevoegdheid daartoe en den vorm daarvoor gevorderd (2), zou het moeijelijk zijn den bepaalden beweeggrond steeds te onderscheiden, en moet in allen gevalle de omstandigheid, dat de schenker geheel onverpligt handelde, de schenking als om niet gedaan doen beschouwen. Hetgeen wij zeiden omtrent natuurlijke verbindtenissen, strijdt niet daartegen; daar ook de schenking, tot vergelding geschied, iets anders is dan de vrijwillige voldoening aan eene zoogenaamde natuurlijke verbindtenis door de afgifte van datgene, wat het onderwerp dier verbindtenis was. Maar ook hier zal vooral de bedoeling der partijen in aanmerking moeten komen, en niet zelden de quaestio facti beslist moeten worden, of er eene schenking tot vergelding is bedoeld, dan wel eene betaling van een hoezeer dan niet vooraf bepaald loon.

18. Wij moeten bij de behandeling van het begrip van schenking nog kortelijk twee punten aanroeren. Vooreerst kan het doel eener schenking ook beoogd worden onder een anderen vorm en door het sluiten eener andere overeenkomst (3). Dit is b. v. het geval, waar partijen schijnbaar een' koop en verkoop hebben gesloten, maar de verkooper terstond bij den verkoop den prijs heeft kwijtgescholden. Wij hebben vroeger (4) gezien, dat er dan geen koop en verkoop bestaat, omdat, bij gebreke van verbindtenis tot betaling van den bedongen prijs, een noodzakelijk bestanddeel dier overeenkomst ontbreekt. Er zal echter in dat geval schenking zijn (5), wanneer al de formaliteiten, tot deze vereischt, in acht zijn genomen, en beide partijen alzoo bij notariële akte de toestemming hebben gegeven; zoodat ook de geheele handeling nietig zal wezen, wanneer in dat geval eene regtstreeksche schenking nietig zijn zou, b. v. wanneer zij tusschen echtgenooten had plaats gehad.

---

(1) Verg. v. SAVIGNY, § 153, bl. 86 en v. — (2) Verg. ook Gelderland 6 Mei 1856, *N. R. B.*, VI, bl. 581 en v., 589. — (3) Verg. ook *N. R. B.*, V, bl. 301—304. – (4) Zie hierboven VII, n. 65. – (5) Verg. v. SAVIGNY, IV, bl. 100 en v.

Maar er kan ook met gelijke bedoeling een koop en verkoop worden gesloten, waarbij het goed óf ten voordeele van den kooper voor een betrekkelijk lagen, óf ten voordeele van den verkooper voor een betrekkelijk hoogen prijs wordt verkocht. In dit geval schijnt er echter alleen aan koop en verkoop gedacht te kunnen worden, zonder dat men kan zeggen, dat voor het meerder bedrag van den prijs of de meerdere waarde van het goed eene schenking heeft plaats gehad. Terwijl toch tot het wezen van koop en verkoop niet wordt gevorderd, dat de zaak met den prijs van gelijke waarde zij, wanneer maar inderdaad een prijs is bedongen, en niet, gelijk men het noemt, uno nummo is verkocht — als wanneer er aan geen' koop en verkoop zou kunnen en dus enkel aan schenking gedacht zou moeten worden, maar dan ook de vorm van deze in acht genomen moet zijn (1), — is hier aan den anderen kant noch de zaak noch het geld, dat als haar prijs bedongen is, om niet afgestaan. En dit is niet slechts het geval, wanneer de verkooper uit oogenblikkelijke behoefte aan geld, waarin hij op andere wijze niet wel kon voorzien, tot lageren prijs heeft verkocht, of de kooper uit gelijke behoefte aan de zaak te duur heeft gekocht, maar het geldt in het algemeen, en de handeling is dus van kracht, ook zonder dat de tot schenking vereischte vormen in acht zijn genomen, en al heeft zij ook plaats gehad tusschen partijen, die geene schenking hadden mogen aangaan (2). Wel werd dit door de Romeinsche regtsgeleerden anders beslist (3), maar hunne uitspraken kunnen in dezen niet worden toegepast onder onze wetgeving, die nergens en ook niet door eene fictio juris dergelijke handelingen tot schenkingen heeft verklaard of daarmede gelijk gesteld. Wel zal soms, overeenkomstig art. 1377 B. W., eene vernietiging der handeling mogelijk zijn, doch zij wordt dan niet vernietigd als schenking, maar zoo als zij heeft plaats gehad, en enkel omdat zij plaats had ter bedriegelijke verkorting van de regten der schuldeischers.

19. Ten anderen zijn er echter ook handelingen, die, hoezeer op zich zelve het karakter eener schenking geheel en al missende, echter krachtens eene bepaling der wet als zoodanig worden beschouwd. Wij vinden hiervan een voorbeeld in art. 969 B. W., volgens hetwelk alle vervreemding van eenig goed, hetzij onder den last eener lijfrente, hetzij met voorbehoud van vruchtgebruik aan een' der erfgenamen in de regte linie gedaan, als eene gift wordt beschouwd (4). Hierbij moet echter niet uit het oog verloren worden de plaats, waar

---

(1) Verg. OPZOOMER, III, bl. 8 en v. — (2) Verg. *Vrag. v. Ned. R.*, II, bl. 83 en v. — (3) Verg. v. SAVIGNY, IV, bl. 79 en v., 99 en v. — (4) Verg. hierboven IV, n. 834 en v.

die bepaling voorkomt, en waardoor hare strekking wordt beperkt tot het onderwerp, voor 'twelk zij is gemaakt. Zoodanige vervreemding *is* geene schenking; zij behoeft niet plaats te hebben in den vorm, voor deze overeenkomst voorgeschreven; zij kan ook plaats hebben tusschen echtgenooten, en is zeer zeker in het algemeen niet krachteloos tusschen de in art. 969 bedoelde personen; zij wordt alleen, wanneer er sprake is van verkorting van het wettelijk erfdeel, als eene gift *beschouwd*, wanneer zij aan de daar genoemde personen heeft plaats gehad; de wet spreekt hier een vermoeden uit, gegrond op hare vrees voor bedriegelijke handelingen, en geeft aan dat vermoeden regtskracht binnen den kring, waarin die vrees het deed ontstaan.

§ 2.

Van de bekwaamheid om door schenking te beschikken of voordeel te genieten.

20. De tweede afdeeling van den titel vangt aan met eene gelijksoortige bepaling, als wij vroeger reeds hebben aangetroffen in art. 943 B. W. Het verdient intusschen opmerking, dat, terwijl hier gezegd wordt, dat alle personen bij uitersten wil kunnen beschikken en daaruit voordeel genieten, uitgezonderd de zoodanige, die daartoe *volgens deze afdeeling*, d. i. volgens de tweede afdeeling van den twaalfden titel des boeks, onbekwaam zijn verklaard, in art. 1713 B. W. in zoo ver eene meer algemeene uitdrukking gebezigd wordt, dat alle personen bij wege van schenking mogen beschikken en genieten, uitgezonderd de zoodanige, welke *de wet* daartoe onbekwaam verklaart. Trouwens, het geldt hier eene overeenkomst, en zij, die de bekwaamheid tot het aangaan daarvan missen, zijn dus ook onbekwaam tot eene schenking, zonder dat over die in het algemeen gevorderde bekwaamheid hier op nieuw behoefde gehandeld te worden; maar de uitzondering kon daarom dan ook niet tot deze afdeeling beperkt worden.

21. Tijdens de beraadslagingen werd de bedenking geopperd, of de bepaling van art. 1713 wel nog te pas kwam, nu in het Wetboek de schenking eenvoudig als overeenkomst is beschouwd; en de Regering was het op zich zelf met die bedenking eens, maar vond toch zwarigheid het artikel weg te laten, omdat het tot eene inleiding strekt der daarop volgende wetsbepalingen (1). Het gewigt dezer oplossing laten wij daar; maar het artikel sluit althans alle gronden

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 335 en v.

van onbekwaamheid uit, die niet in de wet zijn vastgesteld (1), en analogische uitbreiding is dus ook hier ongeoorloofd. Men schijnt zelfs daaruit te mogen afleiden, dat niemand zich zelven, door afstand daarvan te doen, eene bekwaamheid kan ontnemen, die de wet hem toekent (2).

22. Allen zijn dus bekwaam, die de wet daarvan niet uitsluit, en de vraag, wie bekwaam zijn, lost zich op in eene andere, wie volgens de wet onbekwaam zijn. Die onbekwaamheid kan in eene volstrekte en eene betrekkelijke onderscheiden worden, naarmate iemand óf in het algemeen óf ten aanzien van bepaalde personen onbekwaam is verklaard (3).

23. Voor zoo ver de schenking terstond en bij dezelfde akte door den begiftigde wordt aangenomen, kan omtrent de vraag, naar welk tijdstip de bekwaamheid der partijen beoordeeld moet worden, geene zwarigheid bestaan, en komt daarbij alleen dat tijdstip in aanmerking. Bestaat er dan eene oorzaak van onbekwaamheid, zoo is de schenking nietig; maar zijn partijen dàn bekwaam, zoo is zij geldig en doet de verbindtenis tusschen schenker en begiftigde geboren worden, die, ook wanneer er later een grond van onbekwaamheid opkomt, evenwel hierdoor niet wordt opgeheven, al heeft zij ook nog hare vervulling niet erlangd. Dit geldt zelfs ten aanzien eener schenking onder eene opschortende voorwaarde, die, wanneer zij vervuld is, volgens art. 1297 *a* B. W. achteruitwerkt tot den tijd, waarop de verbindtenis is geboren; zoodat ook hier eene later ontstaande onbekwaamheid geene verandering te weeg brengt (4).

24. Wanneer de schenking niet terstond, maar eerst bij eene latere akte wordt aangenomen, moet de schenker natuurlijk evenzeer bekwaam zijn, wanneer hij zijn' wil te kennen geeft, maar hij moet die bekwaamheid tevens bezitten op het tijdstip, waarop de schenking door de vereischte medewerking der andere partij tot stand komt, en alzoo de overeenkomst gesloten wordt (5). Dit geschiedt niet, gelijk bij andere overeenkomsten, door de aanneming van den begiftigde (6), maar eerst door de beteekening daarvan aan den schenker, vóór welke beteekening de schenking, volgens art. 1720 *b* B. W., geene kracht heeft; en die, daar zij aan den schenker moet geschieden, ook slechts bij diens leven plaats kan hebben. Het is dus

(1) Zoo zal men ook niet met DABELOW, II, § 818, bl. 194, mogen aannemen, dat eene schenking, door den schenker op zijn doodbed gedaan, altijd als donatio mortis beschouwd moet worden; waaruit volgen zou, dat men op zijn doodbed tot schenking onder de levenden onbekwaam zou zijn. — (2) ZACHARIAE, III, § 648, bl. 9. — (3) TOULLIER, V, n. 53; DURANTON, VIII, n. 149, 220; GRENIER, n. 98. — (4) TOULLIER, V, n. 95; ZACHARIAE, III, § 650, bl. 18. — (5) Verg. hierboven n. 471. — (6) Verg. hierboven VI, n. 425.

niet voldoende, dat de schenker ten tijde der aanneming nog bekwaam is, wanneer hij die bekwaamheid ten tijde der beteekening mist (1). Maar nu moet men dan ook, naar het mij voorkomt, niet vorderen, dat de schenker bekwaam zij ten tijde dat de akte door hem is beleden, ten tijde der aanneming en ten tijde harer beteekening (2), doch schijnt het mij voldoende, dat die bekwaamheid op het eerste en het laatste tijdstip bestaat, zoodat het de geldigheid der schenking niet belet, wanneer zij ontbrak op het tusschenbeide liggend tijdstip der aanneming. Nu toch die aanneming voor den schenker eerst kracht erlangt door de beteekening, kan zij op zich zelve voor hem meer onverschillig geacht worden, en is, natuurlijk in verband met die aanneming, de beteekening voor hem dat, wat bij andere overeenkomsten de toestemming zelve der andere partij is.

25. Wat den begiftigde aangaat, hij moet natuurlijk bekwaam zijn op het tijdstip der aanneming, anders kan deze niet geldig zijn en ook uit eene latere beteekening geene kracht erlangen. Hij moet eveneens bekwaam zijn ten tijde der beteekening, waardoor zijne aanneming eerst kracht erlangt en de schenking voltrokken wordt (3). Maar dezelfde bekwaambeid schijnt hij ook te moeten hebben ten tijde der door den schenker beleden akte van schenking, die toch de grondslag is der geheele schenking en zonder wier geldigheid deze nooit deugdelijk tot stand kan komen. Het aanbod, door den schenker gedaan aan iemand, die onbekwaam is om door hem begiftigd te worden, is hierdoor noodwendig zonder gevolg en dus als niet geschied te beschouwen. Maar quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit, en hij, die later begiftigd zou kunnen worden, kan op dit tijdstip geen aanbod meer aannemen, dat hem dan niet wordt gedaan, en dat toen het hem gedaan werd nietig was. Dat toch dit aanbod in het algemeen niet juist terstond moet, maar ook later kan worden aangenomen, bewijst volstrekt niet, dat de aanneming ook dan nog later volgen kan, wanneer zij op het oogenblik van het aanbod door de onbekwaamheid van den begiftigde achterwege bleef. Men kan ook niet met grond beweren, dat, wanneer de aanneming later volgt, zonder dat de schenker zijn aanbod heeft herroepen, er op dat tijdstip wederzijdsche toestemming aanwezig is,

---

(1) Verg. *Regtsk. Tijdschr. v. h. Not.*, V, bl. 117 en v. De tegenovergestelde leer van GRENIER, I, n. 138 en v., die zich zelven ook niet gelijk blijft, is voldoende wederlegd door DURANTON, VIII, n. 165; ZACHARIAE, III, § 650, bl. 18 en v., n. 1. — TOULLIER, die, V, n. 96, met GRENIER gelijk schijnt te denken, laat zich meer bepaald in tegenovergestelden zin uit, n. 213. — (2) Zie b. v. ZACHARIAE, t. a. p., bl. 18. — (3) DURANTON, VIII, n. 421; ZACHARIAE, III, § 650, bl. 19, n. 3. Anders GRENIER, I, n. 138 *bis*. Verg. TOULLIER, V, n. 96, 213.

omdat de schenker geacht zou moeten worden de bedoeling van te schenken te hebben behouden. Er kwam toch geene herroeping te pas van hetgeen van zelf door onbekwaamheid van den begiftigde nietig was; doch al ware ook de volharding van den schenker bewezen, zijn wil is tot eene geldige schenking niet voldoende, maar moet blijken op de bij de wet voorgeschreven wijze, en daarvoor kan eene akte, die, toen zij werd opgemaakt, krachteloos was, niet dienen. Hij, die op het oogenblik van het aanbod niet kon begiftigd worden, kan dit later slechts door een nieuw aanbod en daardoor tot stand gekomen schenking (1).

26. Wat nu vooreerst de bekwaamheid om te schenken betreft, — daar schenking eene overeenkomst is, moeten natuurlijk allen, die onbekwaam zijn om overeenkomsten aan te gaan, ook tot deze onbekwaam wezen. Dit geldt in de eerste plaats van minderjarigen (2), en het was wel niet noodig ten aanzien van dezen in art. 1714 B. W. uitdrukkelijk te bepalen, dat zij niet bij wege van schenking mogen beschikken. Dit was ook niet noodig om art. 944, hetwelk aan minderjarigen boven achttien jaren vergunt een uitersten wil te maken (3); daar men uit deze voor uiterste willen gemaakte en daartoe beperkte bepaling wel kwalijk ten aanzien der schenking een gevolg zou kunnen afleiden, hetwelk door het wezen van deze, in verband met eene algemeene wetsbepaling, werd uitgesloten. Na de scheiding der beide onderwerpen zou er eene uitdrukkelijke verwijzing naar art. 944 noodig geweest zijn, om op schenkingen eene bepaling toepasselijk te doen zijn, die zelfs in den C. N. (art. 903) alleen voor testamenten gold.

27. Liever neem ik aan, dat art. 1714 zijn — ook dan trouwens bepaaldelijk om art. 1730 B. W. vrij overbodig — bestaan te danken heeft aan de aan het slot gemaakte uitzondering, en dat zijne bedoeling alzoo deze is, dat de onbekwaamheid der minderjarigen, ook gegrond in art. 1713, niet belet hunne bevoegdheid om bij huwelijksche voorwaarden ten behoeve hunner aanstaande echtgenooten eene schenking te doen, gelijk die hun in art. 206 B. W. wordt toegekend. Hier wordt aan minderjarigen, die de vereischten bezitten om een huwelijk aan te gaan, ook de bekwaamheid gegeven om toe te stemmen in alle overeenkomsten, welke de huwelijksche voorwaarden bevatten mogen, — waaronder van zelf ook de schenkingen begrepen zijn, — mits zij daarbij den bijstand hadden van diegenen, wier toestemming tot het aangaan des huwelijks noodzakelijk was.

(1) Verg. ZACHARIAE, III, § 650, bl. 19 en n. 2. Anders TOULLIER, V, n. 96; DURANTON, VIII, n. 223, 234; GRENIER, I, n. 138 *bis*; *Regtsk. Tijdschr. v. h. Not.*, V, bl. 117 en v.; VERNEDE, op art. 1713 B. W. — (2) TOULLIER, V, n. 60. — (3) Zoo DE PINTO, II, § 932, bl. 457; 3e uitg. § 992, bl. 567 en v.

28. Bij de beraadslaging werd gevraagd, of voogden en curators, met verlof van de bevoegde magt, in die hoedanigheid giften kunnen doen tot vergelding van diensten aan de minderjarigen of onder curatele gestelden bewezen. Nadat in de afdeelingen over die vraag verschil van gevoelen had bestaan, werd zij in committé-generaal ontkennend beantwoord, met overlating aan de commissie van redactie, om de noodige uitzonderingen op het beginsel te maken (1). Nergens is intusschen aan voogden of curators zoodanige bevoegdheid gegeven; zij hebben die dus niet, en kunnen haar ook uit geene magtiging van den regter ontleenen, die deze trouwens op geene bepaling der wet zou kunnen gronden, en in het algemeen wel bezwaarlijk aanleiding daartoe zou vinden in volstrekte noodzakelijkheid of klaarblijkelijk voordeel der minderjarigen.

29. Even als minderjarigen, zijn natuurlijk ook de onder curatele gestelden, die met hen gelijk gesteld worden (art. 506 B. W.), onbekwaam om te schenken. De getrouwde vrouw is daartoe onbekwaam, zonder de toestemming of den bijstand van haren man, gelijk art. 163 *b* B. W. ook bepaaldelijk in de woorden „hetzij voor niet" aanduidt; zoodat het niet noodig was, in navolging van art. 905 C. N., daarvan ook te dezer plaatse te spreken (2).

30. Zij, die in staat van faillissement verklaard zijn, zijn eveneens onbekwaam tot schenking, daar zij volgens art. 770 *a* W. v. K. door het vonnis van failliet-verklaring van regtswege de beschikking over hunne goederen verliezen. Dat vonnis heeft zelfs eene achteruitwerkende kracht en heft de vroeger bestaande bekwaamheid in zoo ver op, dat alle schenking van roerende of van onroerende goederen door den schuldenaar gedaan, volgens art. 775 W. v. K., ten aanzien der schuldeischers van regtswege nietig is, al waren beide partijen ook te goeder trouw, indien zij heeft plaats gehad binnen den termijn van zestig dagen vóór den aanvang van het faillissement, of binnen het dubbele van dien termijn, zoo de begiftigde den schenker door bloedverwantschap of door aanhuwelijking bestaat in de opgaande of in de nederdalende linie onbepaald, of in de zijdlinie tot den vierden graad ingesloten. Er ligt hierin eene werkelijke onbekwaamheid, of liever een terugwerkend verlies van bekwaamheid, althans ten aanzien der schuldeischers van den failliet-verklaarde; zoodanige onbekwaamheid zien wij echter niet in de bepaling van art. 776 W. v. K., die met onbekwaamheid tot schenking in geene betrekking staat, maar slechts eene toepassing op een bepaald geval behelst van hetgeen in het algemeen is vastgesteld in art. 1377 B. W. (3).

(1) VOORDUIN, V, bl. 336. — (2) VOORDUIN, V, bl. 335, n. III; DURANTON, VII, n. 204. — (3) Verg. hierboven VI, n. 570.

31. Zij, die in staat van kennelijk onvermogen verklaard zijn, verliezen, volgens art. 888 W. v. B. R., het beheer over hunne goederen, welk verlies echter aan derden, die te goeder trouw met hen gehandeld hebben, en zoo ook aan begiftigden, die in dat geval verkeeren, niet kan worden tegengeworpen, dan van den dag, dat de aanplakking en aankondiging van het verzuim te hunner woonplaats bekend heeft kunnen zijn; terwijl de termijnen, bedoeld in art. 775 W. v. K., volgens art. 891 W. v. B. R. slechts berekend worden van den dag der uitspraak van het vonnis.

32. Gelijk tot schenking onbekwaam zijn die onbekwaam zijn om overeenkomsten aan te gaan, zoo zijn ook zij het, die hiervan zijn uitgesloten, omdat zij niet kunnen toestemmen. Art. 901 C. N. bepaalt: pour faire une donation entrevifs il faut être sain d'esprit, en ook bij de beraadslagingen over onze wetgeving werd voorgesteld, om bij art. 1713 te voegen, dat men geene schenking zou mogen maken, wanneer men het gebruik zijner verstandelijke vermogens niet bezit. De Regering vond echter geen' grond om dit ten aanzien van schenking meer uit te drukken, dan ten aanzien van koop en verkoop of andere overeenkomsten, en begreep teregt, dat het valt in den algemeenen regel, bij den tweeden titel van dit boek vastgesteld, dat tot alle overeenkomsten toestemming vereischt wordt (1). Uit dien hoofde was werkelijk zoodanige bepaling hier overbodig, al was zij dit niet in art. 942 B. W. De bepalingen van art. 501 en v. B. W. zijn voorts ook op schenkingen toepasselijk. Ten aanzien van art. 502 (art. 504 C. N.) zijn de schrijvers over het Fransche regt van een verschillend en meestal van een tegenovergesteld gevoelen (2), 'twelk echter nu daarvoor moet wijken, dat uitdrukkelijk de uiterste wilsbeschikkingen alleen daarvan zijn uitgezonderd.

33. Er is voorts wel geen grond van onbekwaamheid, maar toch eene beperking der bekwaamheid om te schenken gelegen in de bepalingen omtrent het wettelijk erfdeel en de inkorting van schenkingen, die dat erfdeel zouden verminderen. Dit onderwerp is behandeld in de derde afdeeling van den titel van uiterste willen, en het was dus niet noodig daarvan hier op nieuw te spreken (3).

34. Wat in het algemeen de bekwaamheid betreft, om bij wege van schenking voordeel te genieten, zij is niet gebonden aan de bekwaamheid om overeenkomsten aan te gaan, omdat de schenking voor hen, die daartoe onbekwaam zijn, door anderen kan worden aangeno-

(1) VOORDUIN, V, bl. 335. Verg. DURANTON, VIII, n. 152. — (2) Zie TOULLIER, V, n. 56; DURANTON, VIII, n. 155; ZACHARIAE, I, § 127, bl. 109; III, § 648, bl. 7; GRENIER, n. 101 en v. Anders MALLEVILLE, II, bl. 365 en v. — (3) VOORDUIN, V, bl. 324 en v.; verg. bl. 339. De reden, door de Regering opgegeven, schijnt minder ter zake te doen.

men, die de wet daartoe aanwijst en bevoegd verklaart; zie art. 460, 1717, 1721 en 1722 B. W.

35. Die bekwaamheid bestaat dan ook in het algemeen voor allen, en is niet eens beperkt binnen de grenzen van geboorte en overlijden; zelfs het kind, waarvan eene vrouw zwanger is, kan door schenking bevoordeeld worden. Il suffit d'être conçu, zegt art. 906 *a* C. N., en deze uitdrukking schijnt inderdaad ruim zoo gepast als die van onze wet, welke, in plaats van zoodanig aanwezen voldoende te verklaren, slechts het bestaan in het algemeen als noodzakelijk vereischte schijnt voor te stellen. Art. 1716 B. W. zegt namelijk: ten einde bekwaam te zijn om bij wege van schenking voordeel te genieten, moet de begiftigde op het tijdstip, waarop de schenking heeft plaats gehad, bestaan, met inachtneming van den regel bij artikel 3 vastgesteld (1). Dit laatste zou als eene noodelooze herinnering beschouwd kunnen worden, zonder welke art. 3 evenzeer zou gelden. Wij hebben overigens die bepaling elders behandeld (2), en merken hier slechts aan, dat zij ook hier in haar geheel moet worden toegepast, zoodat, wanneer het kind dood ter wereld komt en alzoo geacht wordt nooit te hebben bestaan, de schenking ook geheel vervalt, alsof zij nooit had plaats gehad.

36. De begiftigde moet althans in utero bestaan hebben op het tijdstip, waarop de schenking heeft plaats gehad, anders is de schenking als niet geschied te beschouwen (3), en daarin ligt dan ook de voorname kracht van art. 1716. Maar welk tijdstip wordt nu hier bedoeld? Is het dat, waarop de schenking door de aanneming, of liever de beteekening daarvan, volkomen is geworden, of wel dat, waarop de schenker zijn' wil heeft te kennen gegeven, gesteld, dat het een en het ander niet gelijktijdig is geschied? Ook na hetgeen in het algemeen over het tijdstip, waarop de bekwaamheid vereischt wordt, door ons is aangevoerd, schijnt het niet overbodig, in het bijzonder deze vraag te behandelen. De meeste schrijvers over het Fransche regt, die haar behandeld hebben, beantwoorden haar in eerstgemelden zin (4); wat echter teregt, naar het schijnt, door anderen verworpen is (5), en vooral met het oog op de bepaling onzer wet geheel onaannemelijk voorkomt. Uit de woorden: „de schenking heeft plaats gehad" kan men wel geen' grond voor de eerste meening afleiden. De uitdrukking „plaats hebben" toch is zoodanig algemeen, dat zij niet minder past voor de daad des schenkers alleen, dan voor de aanneming of de beteekening daarvan, die de schenking volkomen

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 337. – (2) Zie hierboven I, n. 16 en v.; IV, n. 727 en v. — (3) ZACHARIAE, III, § 649, bl. 11. — (4) Zie GRENIER, n. 138 *bis*; DEMANTE, door dezen aangehaald; DURANTON, XVII, n. 223. — (5) Zie ZACHARIAE, III, § 649, bl. 11, n. 1.

mankt. En het woord „schenking" wordt ettelijke malen voor de daad des schenkers alleen gebezigd (men zie art. 1717, 1720, 1721, 1722), waar gesproken wordt van schenkingen, die nog moeten worden aangenomen, zoodat het dus ook hier in gelijken zin kan gebezigd zijn. Zij is dan een aanbod, dat door de aanneming der andere partij als overeenkomst verbindende wordt; maar al kan nu ook die aanneming op een later tijdstip volgen, toch ligt in het begrip van aanbod zelf, dat er iemand moet zijn, aan wien wordt aangeboden, en dat, waar dit het geval niet is, ook van geen aanbod sprake kan wezen. Men beroepe zich hier niet op de bepaling van art. 946 *a* B. W., volgens welke men, om uit kracht van een uitersten wil iets te kunnen genieten, slechts behoeft te bestaan op het oogenblik van den dood des erflaters en niet ook ten tijde der uiterste wilsbeschikking. Bij uiterste wilsbeschikkingen toch komt, behalve dat de erflater bekwaam moet zijn geweest op het oogenblik, dat hij zijn uitersten wil maakte, omdat de geldigheid van zijn' wil noodwendig naar dat tijdstip moet beoordeeld worden, — bij uiterste wilsbeschikkingen komt het overigens alleen op het tijdstip van den dood des erflaters aan, omdat het, bij de tot zoo lang bestaande herroepelijkheid van het testament, eveneens is alsof hij eerst op dat tijdstip de beschikking had gemaakt. Men brenge dit niet over op schenkingen, die ook eerst later kunnen worden aangenomen, met dat gevolg, dat de schenker, zoo hij zijn aanbod niet herroepen heeft, daardoor verbonden is even alsof hij dat aanbod eerst op dat oogenblik had gedaan; dit toch is een gevolg van zijn aanbod, 'twelk hem reeds in die mate bindt, dat hij, niet herroepende, later geheel verbonden kan worden. Maar, behalve dat nu een aanbod zelf niet denkbaar is, waar niemand bestaat, aan wien wordt aangeboden, kan er nog veel minder eenige verbindtenis aanwezig zijn, waar hij, jegens wien men zou zijn verbonden, niet bestaat. Van *voortdurende* kracht van zoodanig aanbod, wanneer het niet wordt herroepen, kan dus ook wel geen sprake zijn. En hoe zal dan nu dat aanbod, dat als niets is, door de omstandigheid, dat er later iemand geboren wordt of althans in utero bestaat, eene zoodanige kracht *erlangen*, dat het nu door opvolgende aanneming geldige schenking worden zou? — Het gezegde geldt zoowel ten aanzien der bepaling van den C. N. als van die van het B. W. Deze laatste maakt echter het tegenovergesteld gevoelen — al blijkt dan ook niet, dat de wetgever daarbij juist dit bedoeld heeft — geheel onaannemelijk. Dat zij spreekt van het tijdstip, waarop de schenking plaats heeft gehad, en niet, gelijk art. 1723 Wetb. van 1830, van dat, waarop de schenking plaats heeft (1),

1) Voorduin, V, bl. 337 en v.

zal wel niets afdoen. Maar zij vordert tot de bestaanbaarheid der schenking, dat de begiftigde besta op dat tijdstip. Nu doet reeds het woord „begiftigde" denken aan een bepaald wezen. Doch wanneer men nu als noodzakelijke voorwaarde had willen bepalen, dat dit wezen moet bestaan op het tijdstip, dat eenig aanbod, zij het dan ook vóór zijn bestaan gedaan, wordt aangenomen, dan heeft men wel eene zeer vreemde voorwaarde gesteld, daar immers de aanneming zelve zonder dat bestaan niet mogelijk is, om de eenvoudige reden, dat wie niet bestaat, ook niet kan aannemen en even weinig door een' ander kan vertegenwoordigd worden, als hij zelf kan handelen (1). Onze wetsbepaling zou dus, zoo de tegenovergestelde meening de ware was, niets van eenige waarde bepalen; ze kan slechts iets beteekenen, wanneer men het bestaan van den begiftigde vordert op het oogenblik, dat de schenker zijn' wil heeft te kennen gegeven.

37. De wetgever zegt in art. 946 *b* B. W. uitdrukkelijk, dat de bepaling van het eerste lid niet toepasselijk is op personen, die geroepen zijn om uit stichtingen genot te trekken (2). Dit is wel bij art. 1716 B. W. niet herhaald; het kan echter niet twijfelachtig zijn, dat ook ten aanzien van schenking hetzelfde geldt, omdat, gelijk teregt door OPZOOMER (3) is aangemerkt, art. 946 *b* inderdaad een geheel onnoodig bijvoegsel is, en de making of schenking niet geschiedt aan de bedoelde personen, maar aan de werkelijk bestaande stichting, terwijl die personen daardoor slechts middellijk bevoordeeld worden.

38. De bepaling van art. 1716 B. W. belet voorts niet de geldigheid van schenkingen over de hand ten behoeve van kleinkinderen of van afstammelingen van broeders en zusters, en van die betreffende hetgeen de begiftigde onvervreemd en onverteerd zal nalaten, overeenkomstig de bepalingen der zevende en achtste afdeelingen van den titel van uiterste willen, die in art. 1712 B. W. ook op schenkingen toepasselijk zijn verklaard. Eveneens maakt zij geen inbreuk op de bepalingen van art. 233 B. W., dat giften van de nalatenschap des schenkers, aan aanstaande echtgenooten gedaan, altijd geacht worden ten behoeve der kinderen en afkomelingen uit het huwelijk geboren te hebben plaats gehad (4). Hier heeft ook inderdaad geene schenking aan die kinderen en afkomelingen plaats; de werking der schenking, aan de aanstaande echtgenooten gedaan, gaat slechts op die kinderen en afkomelingen over.

39. Vreemdelingen, wier bevoegdheid om te schenken met die

---

(1) Zie ook OPZOOMER, III, bl. 180 en v. — (2) Verg. hierboven IV n. 730 en v. - (3) II, bl. 167 en v. - (4) Verg. hierboven I, n. 1070.

der ingezetenen gelijk staat (1), kunnen, volgens art. 1718 B. W., in verband met het daar aangehaald art. 957, in het koningrijk niets door schenking genieten, dan voor zoo ver dezelfde bevoegdheid aan den Nederlander in het land, waartoe die vreemdeling behoort, is toegestaan (2).

40. Schenkingen, aan openbare of godsdienstige gestichten gedaan, hebben, volgens art. 1717 B. W., geen gevolg, dan voor zoo ver de Koning aan de bewindvoerders der gestichten de magt zal hebben verleend om die giften aan te nemen. De wet zegt dit met zoo vele woorden, ofschoon zij even goed had kunnen volstaan met in art. 1718 naar art. 947 te verwijzen, als naar de andere daar genoemde artikelen. Dat toch in art. 1717 gesproken wordt van „openbare of godsdienstige gestichten", terwijl art. 947 spreekt van „openbare instellingen, godsdienstige gestichten, kerken of armeninrigtingen", zal wel geen verschil maken, daar in beide zeker hetzelfde is bedoeld (3). Bepaaldelijk kunnen, gelijk wij ook reeds vroeger opmerkten, daaronder niet in het algemeen de zedelijke ligchamen begrepen worden, wier bestuurders dus ook op grond van dit artikel geene magtiging noodig hebben (4).

41. De bewindvoerders moeten gemagtigd zijn om de giften aan te nemen; de magtiging moet alzoo de aanneming voorafgaan, en zonder haar moeten dus van zelf de schenkingen zonder gevolg blijven. De gestichten worden daardoor niet onbekwaam om door schenking bevoordeeld te worden, maar hunne bekwaamheid is er toch door beperkt om dezelfde redenen, waarom gelijke beperking ook plaats had ten aanzien van makingen bij uiterste wilsbeschikkingen (5). Die beperking kan intusschen hier het te niet gaan eener schenking ten gevolge hebben, al wordt ook des Konings magtiging tot hare aanneming niet geweigerd, wanneer namelijk de schenker zijne schenking herroept, of wanneer hij komt te overlijden, alvorens de schenking is en voordat zij kon worden aangenomen. Dit is ook onzen wetgever niet ontgaan, en daarom werd voorgesteld, de aanneming der schenking toe te laten, onder voorwaarde van opgevolgde goedkeuring des Konings. De Regering echter, oordeelende dat het geval, waarom men zoodanige bepaling wenschte, slechts zelden voorkomt, vreesde, dat er misbruik van zou kunnen gemaakt worden, doordien de begiftigde achterlijk zou kunnen blijven om 's Konings goedkeuring te vragen, en de eigendom alzoo onzeker blijven zou (6). „Il y aurait eu ici une sorte de contradiction," zeide de heer BARTHÉLÉMY; „car

(1) Verg. DURANTON, VIII, n. 214 en v. — (2) Verg. hierboven IV, n. 726. — (3) Zie hierboven VII, n. 997. Verg. v. ASSEN, in *Themis*, XII, bl. 149. — (4) Verg. hierboven VII, n. 1020. — (5) Verg. hierboven IV, n. 783 en v. — (6) VOORDUIN, V, bl. 338.

l'autorisation étant nécessaire aux administrateurs, on ne peut pas supposer qu'ils fassent un acte valable avant de l'avoir reçue, et dès lors la chose donnée serait dans un état incertain" (1). Het schijnt moeijelijk te begrijpen, waarom hier niet, even als in het bij art. 1722 B. W. behandelde geval, eene bepaling had kunnen gemaakt worden, gelijk aan art. 1722 *c*; maar hoe dit zij, zij is hier niet gemaakt, en de vereischte koninklijke magtiging kan dus te laat komen, en het gesticht daardoor van de schenking verstoken zijn (2).

42. De betrekkelijke onbekwaamheid, ten aanzien van uiterste wilsbeschikkingen vastgesteld, geldt volgens art. 1718 B. W. ook voor schenkingen. Zoo kan, ten gevolge der hier gedane verwijzing naar art. 951 *b* en *c*, de meerderjarig gewordene zijn' gewezen voogd niet bij schenking bevoordeelen, dan na het afleggen en sluiten der voogdijrekening, behalve wanneer die voogd was een bloedverwant in de opgaande linie (3). De bepalingen van art. 951 *a* en 952 zijn hier niet toepasselijk gemaakt, omdat minderjarigen onbevoegd zijn tot schenking, tenzij bij huwelijksche voorwaarden (4). Die bepalingen zouden dus slechts in zeer enkele gevallen te pas kunnen komen, en worden dan noodeloos door den bijstand, dien de minderjarige dochter, volgens art. 206 B. W., behoeft.

43. Eveneens kunnen geneesheeren, heelmeesters, apothekers en andere personen de geneeskunst uitoefenende, welke iemand gedurende de ziekte, waaraan hij overleden is, bediend hebben, gelijk ook de bedienaars van de godsdienst, welke hem gedurende de ziekte hebben bijgestaan, geen voordeel trekken uit de schenkingen, door den zieke, gedurende den loop der ziekte, te hunnen behoeve gemaakt, behalve in de gevallen, in art. 953 B. W. met name uitgezonderd. Die bepaling was zeer gepast ten aanzien van uiterste wilsbeschikkingen, welke door den erflater, zoo hij aan die ziekte niet overleed, herroepen konden worden, en dus, waar dit niet geschiedde, gerust konden worden gehandhaafd. Vreemd mag het echter genoemd worden, dat men, zoodanige beperking ook ten aanzien van schenking noodzakelijk achtende, gelijk zij ook inderdaad evenzeer noodzakelijk geacht kon worden, haar niet heeft uitgestrekt tot elke schenking aan de bedoelde personen, in geval van ziekte gemaakt, al is de schenker daaraan ook niet overleden. Dit bewijst toch ten aanzien van schenking volstrekt niet, dat deze het gevolg niet is geweest van zooda-

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 327 en v. — (2) Verg. MALLEVILLE, op art. 937 C. N., II, bl. 415; GRENIER, n. 71; DURANTON, VIII, n. 450; ZACHARIAE, III, § 649, bl. 16; mr. QUARLES VAN UFFORD, *Proeve over de gemeente als burgerlijk persoon* (Leiden 1849), bl. 22 en v. – (3) Verg. hierboven IV, n. 737 en v. — (4) VOORDUIN, V, bl. 339, n. II.

nigen invloed, als men heeft gevreesd. Het bewijst even weinig, dat de ziekte niet zoo zwaar is geweest, dat zoodanige invloed gevreesd kon worden. En in het algemeen doet het inderdaad niets ter zake, of de schenker al dan niet aan die ziekte overleed, omdat toch de schenking in elk geval evenzeer onherroepelijk is. De Fransche wetgever, die in ééne bepaling uiterste wilsbeschikkingen en schenkingen behandelde, kon dit ligt uit het oog verliezen; maar bij onzen wetgever, die bovendien door niet te verwijzen naar art. 951 *a* en 952 getoond heeft, daarbij althans aan het verschil tusschen schenking en uiterste wilsbeschikking gedacht te hebben, mag het ook daarom verwondering baren, omdat het min gepaste dier bepaling voor schenkingen reeds was opgemerkt (1). Dit verzuim zou zeker niet hebben plaats gehad, wanneer men, volgens het verlangen van eene der afdeelingen (2), hier niet had verwezen naar vroegere bepalingen, maar deze op nieuw had ingelascht. Hoe dit zij, art. 1718 B. W. verwijst eenvoudig naar art. 953, en het is daarom voor het minst bedenkelijk, ja ongeoorloofd, de verbodsbepaling in dier voege uit te breiden, dat zij voor elke schenking gedurende eene ziekte gelden zou.

44. Volgens art. 1718 in verband met art. 954 B. W. kan de notaris, voor wien eene schenking is verleden, en kunnen de getuigen, die daarbij als zoodanig tegenwoordig zijn geweest, niets uit kracht van zoodanige schenking genieten. Hier was voorzeker eene opzettelijke bepaling ook boven zoodanige verwijzing naar een voor schenkingen minder passend voorschrift verkieselijk geweest; omdat de notaris geene akte mag verlijden, waarin hij zelf als partij voorkomt, en de notariële akten moeten worden opgemaakt in tegenwoordigheid van getuigen, wèl onderscheiden van de partijen, als hoedanig natuurlijk de begiftigden beschouwd moeten worden (3). Hoe het zij, wij aarzelen niet, de verbodsbepaling ook dan, wanneer de schenking niet terstond bij dezelfde akte is aangenomen, toe te passen zoowel op den notaris en de getuigen, voor wie de akte van schenking als voor wie de akte van aanneming is beleden.

45. Indien ouders wettige en ook natuurlijke, doch wettiglijk erkende, kinderen nalaten, zullen deze laatsten, volgens art. 1718 in verband met art. 955 B. W., bij wege van schenking niet meer door die ouders bevoordeeld mogen worden, dan voor hetgeen hun bij den elfden titel des tweeden boeks is toegekend. Schenking kan dus alleen gelden als middel om hun dat te verzekeren; voor het overige is alle schenking tusschen zulke ouders en zulke kinderen krachteloos. Maar wat de wet hier ten aanzien van natuurlijke kinderen bepaalt,

---

(1) DURANTON, VII, n. 250; ZACHARIAE, III, § 649, bl. 13, n. 16. — (2) VOORDUIN, V, bl. 339, n. III. — (3) Zie art. 21—23 der Wet v. 9 Julij 1849 (Sb. n. 20).

schijnt niet te mogen worden toegepast op overspelige en bloedschendige kinderen (1).

46. Overspelers of overspeelsters en hunne medepligtigen kunnen almede, volgens art. 1718 in verband met art. 956 B. W., niet bij wege van schenking door elkander bevoordeeld worden; hunne schenking is derhalve nietig. Art. 956 B. W. bepaalt dit echter alleen voor het geval, dat van het overspel vóór het overlijden van den erflater door een regterlijk gewijsde gebleken is; en nu ontstaat de vraag, hoe dit vereischte op het geval van schenking moet toegepast worden, eene vraag, die alweder waarschijnlijk door den wetgever zelven beslist zou zijn, zoo men zich hier niet tot eene enkele verwijzing naar vroegere artikelen had bepaald. Wij gelooven haar in dien zin te moeten beantwoorden, dat op het oogenblik der schenking zelve van het overspel moet gebleken zijn. Dat oogenblik toch schijnt hier even beslissend te wezen, als dat van des erflaters overlijden bij uiterste wilsbeschikkingen. Terwijl deze eerst werken bij dat overlijden, werkt de schenking op het oogenblik dat zij tot stand komt, en is dan even onherroepelijk, als gene na het overlijden. En zoo men eene latere vernietiging had gewild van de eenmaal wettig aangegane schenking, dan had men ook wel eene latere vernietiging der uiterste wilsbeschikking kunnen voorschrijven. Aan den anderen kant strekt zich het verbod van art. 956 B. W. wel ook uit tot het geval, dat het overspel heeft plaats gehad na het maken der uiterste wilsbeschikking, en schijnbaar geeft dit eenige aanleiding om de juistheid dezer meening te betwijfelen; bij gemis van een stellig voorschrift zal men echter tot geene verdere uitbreiding der verbodsbepaling geregtigd zijn. Alleen zal het, zoo de schenking niet terstond is aangenomen, voor de toepassing van art. 956 voldoende wezen, dat het regterlijk gewijsde aan de beteekening der aanneming voorafgaat, waardoor de schenking eerst voldongen wordt.

47. Verder zijn, volgens art. 1715 *a* B. W., schenkingen tusschen echtgenooten staande huwelijk verboden. Vóór het huwelijk kunnen zij elkander bij huwelijksche voorwaarden of afzonderlijk begiftigen; gedurende het huwelijk kunnen zij bij uiterste wilsbeschikking elkander voordeelen toekennen, zoo maar het wettelijk erfdeel hunner erfgenamen niet wordt verkort; maar schenkingen gedurende het huwelijk heeft onze wetgever niet willen toelaten, „ten einde te voorkomen", zegt ASSER, „dat niet soms door dwang, vrees of vleijerij een echtgenoot worde genoopt of overgehaald; om den anderen, ten nadeele der kinderen, al ware het ook zonder krenking van hun

(1) Verg. hierboven IV, n. 616; OPZOOMER, II, bl. 168 en v. Verg. GRENIER, I, n. 130 *bis*.

wettelijk erfdeel in de erfenis, te begunstigen." Dit gevaar is inderdaad niet denkbeeldig, en de zedelijke waarde van het huwelijk zou er zeker niet door verhoogd worden, wanneer de echtgenooten, gelijk ULPIANUS zegt, „mutuato amore invicem spoliarentur", en alzoo, „concordia pretio conciliari videretur" (1). Ook zouden de bepalingen van art. 174 *b* en art. 204 B. W., volgens welke de gemeenschap van goederen staande het huwelijk niet door onderlinge overeenkomst der echtgenooten kan worden opgeheven of gewijzigd, en de huwelijksche voorwaarden na de voltrekking des huwelijks op geenerlei wijze kunnen worden veranderd, ligt verijdeld kunnen worden indien schenkingen tusschen echtgenooten staande huwelijk waren toegelaten (2).

48. De bepaling van art. 1094 C. N. is door onzen wetgever niet overgenomen, die mede het beginsel heeft verworpen van art. 1096 C. N. (3), volgens hetwelk alle schenkingen tusschen echtgenooten staande huwelijk gemaakt, quoique qualifiées entrevifs, slechts herroepelijk zijn; „hetgeen", gelijk ASSER aanmerkt, „zou strijden met de zekerheid der verkregene eigendommen" (4), en hetgeen bovendien ter naauwernood te gemoet komt in de bezwaren, waarom men echtgenooten niet even goed elkander als vreemden bij wege van schenking heeft willen laten bevoordeelen. In het Romeinsche regt waren vroeger schenkingen tusschen echtgenooten volstrekt nietig. Een Senatusconsultum van het jaar 206 n. C. bragt daarin echter, „ut aliquid laxaret ex juris rigore", gelijk ULPIANUS (5) zegt, deze verandering, dat de schenking van kracht werd, wanneer de schenker overleed, zonder te hebben getoond, dat hem zijne schenking berouwde en door zijn' dood het huwelijk ontbonden werd (6). Schijnbaar was dus ook nu de schenking herroepelijk; maar inderdaad was zij nietig en werd eerst geldig door den dood des schenkers. Ditzelfde werd ook hier te lande vroeger gevolgd (7). Bij ons geldt dit niet meer: de schenking is, hetzij de echtgenooten in gemeenschap of met huwelijksche voorwaarden getrouwd zijn, verboden, zij is alzoo nietig

---

(1) L. 1, l. 3, pr. D. *de donat. inter vir. et ux.* (XXIV, 1). — (2) ASSER, § 808; DE PINTO, II, § 933, bl. 457; 3e uitg. § 993, bl. 568; SCHÜLLER, op art. 1715 B. W.; LIPMAN, bl. 510. Verg. VOORDUIN, V, bl. 336 en v. — (3) ASSER en DE PINTO, t. a. p. — (4) DEMOLOMBE verstaat die herroepelijkheid echter niet aldus, dat alles hier aan de willekeur des gevers is overgelaten, maar zoo dat men de herroeping aan het geweten van den echtgenoot heeft willen overlaten, om hem niet in de noodzakelijkheid te brengen van die herroeping in regten op wettelijke gronden te vorderen. Zie *Rev. d. rev. de droit*, XVI, bl. 368 en v., vooral bl. 373 en v. — (5) L. 32, D. *de don. int. vir. et ux.* (24, 1). — (6) Verg. V. SAVIGNY, IV, bl. 180 en v. — (7) DE GROOT, III, 2, n. 9. Verg. ook art. 400 Ontwerp v. 1820.

en als niet geschied te beschouwen (1). Zij is dit niet slechts met betrekking tot de echtgenooten zelve, maar ook met betrekking tot hunne kinderen en tot alle anderen, die zoo ook de regten, welke zij zouden kunnen doen gelden op de goederen van een der echtgenooten, niet verliezen doordien deze ze aan zijnen echtgenoot heeft weggeschonken.

49. Het verbod van art. 1715 *a* B. W. is echter, volgens het tweede lid, niet toepasselijk op geschenken of handgiften van roerende, ligchamelijke voorwerpen, waarvan de waarde niet bovenmatig is, in aanmerking van de gegoedheid des schenkers (2). Door de hier bedoelde geschenken wordt het vermogen van den gever weinig of niet verminderd en dat van den begiftigde weinig of niet vermeerderd, ze konden daarom veiliger door den wetgever worden toegelaten. Maar ten aanzien dier giften zou ook geene verbodsbepaling baten; ze zouden desniettegenstaande plaats hebben, en wegens den aard dier goederen niet kunnen worden belet; om niet te zeggen, dat de mogelijkheid eener terugvordering dier goederen, op grond van nietigheid der schenking, ligt veel grooter bezwaren zou opleveren dan de schenking zelve (3).

50. De uitzondering is natuurlijk bepaald tot de opgenoemde voorwerpen, roerende ligchamelijke goederen, die, volgens art. 1724 B. W., — met de daar tevens genoemde schuldvorderingen aan toonder, waarop echter onze uitzondering niet toepasselijk is, — van hand tot hand geschonken kunnen worden, zonder dat er eene akte vereischt wordt. Intusschen is in dezen eene zeer groote ruimte des noods ter beslissing van den regter gelaten. Eenigzins meer bepaald sprak het Ontwerp van voorwerpen van geringe waarde, in aanmerking van de fortuin des schenkers; en terwijl ook die uitdrukking, vooral in verband met de slotwoorden, eenige ruimte liet, is deze, ofschoon van de reden der verandering niet blijkt (4), zeer zeker vermeerderd, nu de waarde niet juist gering, maar slechts niet bovenmatig moet zijn. In de toepassing hangt nu in elk geval natuurlijk veel van de omstandigheden af; in het algemeen moet daarbij echter in het oog worden gehouden, dat art. 1715 *b* altoos is en blijft eene uitzondering op de verbodsbepaling van het eerste lid.

51. Eene schenking, gedaan ten voordeele van iemand, wien men daardoor niet mogt bevoordeelen, is nietig; zij is dit zelfs, wanneer zij geschiedde op naam van een tusschenbeide komenden persoon; art. 1718 in verband met art. 958 B. W. Art. 958 spreekt algemeen

---

(1) De pinto, II, § 933, bl. 458; 3e uitg. § 993, bl. 568. — (2) Verg. de pinto, t. a. p. — (3) „Cette exception, zeide de heer barthélémy, „est commandée par un usage plus fort que la loi, — la raison et les convenances obligent de le respecter." Voorduin, V, bl. 327, n. IX. — (4) Voorduin, V, bl. 337.

van iemand, die onbekwaam is, zonder bepaalde oorzaken van onbekwaamheid met name te noemen. Hier moet zij dus ook voor de echtgenooten gelden, ofschoon deze in de afdeeling, waarin zij voorkomt, niet konden bedoeld zijn. De nadere bepaling, wie tusschenbeide komende personen zijn, in art. 958 *b* voorkomende, geldt hier natuurlijk eveneens (1).

52. Art. 958 B. W. is overgenomen uit art. 911 C. N., hetwelk elke beschikking ten voordeele van iemand, die onbekwaam is, nietig verklaart, „soit qu'on *la déguise sous la forme d'un contrat onereux*, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées." Van die vermomming onder den vorm eener overeenkomst onder bezwarenden titel kon bij de behandeling der uiterste wilsbeschikkingen geen sprake zijn, en het is dus natuurlijk, dat art. 958 daarvan niet gewaagt. Had men in den titel van schenking, met art. 911 C. N. vóór zich, zoodanige bepaling opgenomen, men zou dan zeker die geheele bepaling opgenomen hebben; nu zien wij hier weder eene door den wetgever zeker niet bedoelde onvolledigheid, ten gevolge der enkele verwijzing naar vroegere bepalingen. Intusschen zal men ook bij het stilzwijgen der wet meer moeten letten op hetgeen partijen werkelijk hebben verrigt, dan op datgeen, waarvan zij den schijn hebben aangenomen, althans waar dit het geval is geweest ter ontduiking eener bepaling der wet (2). In allen gevalle zal echter op hem, die beweert, dat er onder den vorm eener andere overeenkomst inderdaad eene schenking heeft plaats gehad, de verpligting rusten om dat beweren te bewijzen (3).

§ 3.

Welke goederen geschonken kunnen worden.

53. De bevoegdheid tot schenking is, wat haar onderwerp betreft, slechts beperkt door de enkele bepaling van art. 1704 B. W., volgens welke schenking alleen de tegenwoordige goederen van den schenker en geene toekomstige mag bevatten, hoezeer ook deze laatste volgens art. 1370 *a* het onderwerp eener overeenkomst kunnen uitmaken.

54. De wet zegt niet, wat tegenwoordige en wat toekomstige goederen zijn. Tot de eerste behooren natuurlijk de zoodanige, die de schenker werkelijk bezit, alsmede die waarop hij bepaalde aanspraak heeft, maar men schijnt daartoe eveneens te moeten brengen de zoo-

---

(1) Verg. hierboven IV, n. 794 en v. Zie voorts OPZOOMER, III, bl. 181 en v. — (2) Verg. hierboven n. 81. — (3) TOULLIER, V, n. 77; DURANTON, VIII, n. 267; ZACHARIAE, III, § 649, bl. 17 en n. 38. Verg. GRENIER, n. 134.

danige, waarop hij een voorwaardelijk regt heeft (1). Dit laatste belet wel den schenker meer weg te schenken dan hij heeft, maar het voorwaardelijk regt, dat hij heeft, is toch iets werkelijk bestaands en kan niet gezegd worden slechts iets toekomstigs te zijn. Doch, gelijk ik met ZACHARIAE daarvan meen te moeten uitsluiten zoodanige zaken, waarop de schenker enkel hoop heeft, b.v. die, welke hij zou kunnen bekomen uit eene nog niet opengevallen nalatenschap, meen ik daartoe de zoodanige niet te mogen brengen, die wel, wanneer zij ontstaan, aan den schenker zullen toebehooren, maar die nog in het geheel niet aanwezig zijn (2). ZACHARIAE noemt deze zelf toekomstige zaken (choses futures), maar hierin ligt dan ook, mijns bedunkens, een genoegzame grond, om ze niet onder de tegenwoordige goederen te rangschikken. Ik breng daartoe den oogst van de nog niet te veld staande vruchten, terwijl vruchten, die reeds te veld staan, tegenwoordige goederen zijn, en niet als toekomstige beschouwd kunnen worden, enkel omdat men ze nog niet kan inoogsten. Toekomstige zaken zijn dan niet alleen die, welke eerst bij het overlijden van den schenker zullen bestaan en het geheel of een deel zijner nalatenschap uitmaken, maar ook die alle, welke ten tijde der schenking zelve nog geene tegenwoordige zijn.

55. DE PINTO geeft als redenen der bepaling van art. 1704 *a* B. W. op, vooreerst, dat men niet beschikken kan over zaken, die men niet heeft, en ook niet weet of men ze krijgen zal, en ten anderen, dat het van den schenker zou afhangen om geene goederen te verkrijgen, en zoodoende zijne schenking ijdel te maken en zonder eenig gevolg te laten (3). Noch de eene, noch de andere kan echter, mijns bedunkens, de ware ratio legis zijn. Wat de eerste betreft, ze zou in het algemeen alle beschikking over toekomstige zaken uitsluiten, maar wordt dan genoegzaam wederlegd door de bepaling van art. 1370 *a* B. W., hetwelk uitdrukkelijk zegt, dat toekomstige zaken het onderwerp eener overeenkomst kunnen uitmaken, en waarop dus de bepaling van art. 1704 eene uitzondering maakt. En dat deze uitzondering niet juist gegrond is in het wezen der schenking, blijkt uit art. 224 en 233 B. W., welke ten aanzien van giften, tusschen of aan aanstaande echtgenooten gedaan, weder eene uitzondering maken op de bepaling van art. 1704. De tweede reden, die trouwens meer algemeen als de ratio legis wordt opgegeven (4), kan, naar het mij

---

(1) MALLEVILLE, II, bl. 422. De laatste worden uitgesloten door DABELOW, II, § 818, bl. 195. Verg. voorts ZACHARIAE, III, § 698, bl. 142. — (2) Zie ook ZACHARIAE, III, § 675, bl. 59; DURANTON, VIII, n. 459. — (3) DE PINTO, II, § 927, 1, bl. 455; 3e uitg. § 987, 1, bl. 566. — (4) Verg. *C. N. et Mot.*, IV, bl. 297; TOULLIER, V, n. 224; DURANTON, VIII n. 452; SCHÜLLER, op art. 1704 B. W.; v. SAVIGNY, IV, bl. 291, n. *d*.

voorkomt, om dezelfde reden niet worden aangenomen; zij zou dan ook eveneens elke overeenkomst over toekomstige goederen moeten beletten, als die dan door eene der verbondene partijen ijdel gemaakt en zonder gevolg gelaten zou kunnen worden. De bepaling zelve van art. 1704 zou ook overbodig wezen, wanneer zij gegrond was in iets, hetwelk eveneens de schenking nietig zou doen zijn, wanneer de wet had stil gezwegen. De schenker zou bovendien, zoo hij de schenking ijdel wilde maken, ook zich zelven van het genot der geschonkene toekomstige goederen berooven, en in zoo ver zou zijne schenking toch altijd voor hem zelven althans niet zonder gevolg zijn. Mijns bedunkens heeft de bepaling van art. 1704 een anderen grond. Gelijk namelijk de wet in het algemeen heeft willen waken, dat iemand niet al te roekeloos zich om niet en onherroepelijk van het zijne zou ontdoen ten behoeve van een' begiftigde, zoo heeft zij ook zulke schenkingen willen beletten, wier omvang den schenker zelven zoowel als den begiftigde niet duidelijk genoeg voor oogen kon staan. Waar partijen onder bezwarenden titel over dergelijke zaken handelen, kon de wetgever haar veiliger volkomen vrijheid laten, in het vertrouwen, dat ieder voor zijne belangen waken zou. Maar eene milddadigheid, toegepast op voorwerpen, die de schenker welligt als van geringe waarde beschouwde, maar die later kunnen blijken van veel grooter waarde te zijn, of wier aanneming welligt het gevolg was eener geheel verkeerde voorstelling, mogt billijkerwijze belet worden. Eene beschikking daarover bij testament was aan geene zwarigheid onderhevig, omdat dit eerst in werking treedt op een oogenblik, dat de zaken niet meer toekomstig zijn, en intusschen tot aan den dood des erflaters steeds kan worden herroepen. Die herroepelijkheid bestaat bij schenking niet, maar daarom is het dan ook beter deze uit te stellen tot een' tijd, waarin de toekomstige goederen tegenwoordige geworden zijn (1).

56. Indien de schenking toekomstige goederen bevat, is zij, volgens art. 1704 *b* B. W., te dien opzigte nietig. Zoo zij alleen toekomstige goederen bevat, is zij dus geheel nietig, en zoo zij toekomstige en tegenwoordige goederen bevat, is zij nietig ten aanzien der eerste, maar ten aanzien der laatste geldig. De C. N. bepaalde hetzelfde, in afwijking van de Ordonnance van 1731; men begreep de schenking niet als zoodanig ondeelbaar te moeten beschouwen, dat het een om het ander nietig zou moeten zijn (2).

57. Voor het overige kunnen dus alle zaken, welke in den handel zijn en als zoodanig het onderwerp eener overeenkomst kunnen

(1) Verg. voorts ook GRENIER, I, n. 4; *C. N. et Mot.*, IV, bl. 345; v. SAVIGNY, IV, bl. 142 en v. — (2) *C. N. et Mot.*, IV, bl. 297; MALLEVILLE, II, bl. 422; GRENIER, I, n. 5 en v.; DURANTON, VIII, n. 455.

uitmaken, ook het onderwerp eener schenking zijn. Dit geldt zoowel van roerende als onroerende, van ligchamelijke als van onligchamelijke zaken, dus ook van schuldvorderingen. En niet alleen de zaak zelve, maar ook het vruchtgebruik daarvan, zoowel als de eigendom (1) en andere regten, als van erfdienstbaarheid en dergelijke, kunnen geschonken worden. En zoo kan men ook zaken wegschenken, die slechts ten aanzien harer soort bepaald zijn, onverschillig of men de zoodanige in zijn bezit heeft of niet (2). Eveneens kan men een zeker gedeelte zijner tegenwoordige goederen schenken (3).

58. Zoo kan er ook eene zekere geldsom geschonken worden, onder voorwaarde, daar ook hier eene tijdsbepaling geoorloofd is, dat zij eerst bij het overlijden van den schenker betaalbaar zal zijn. De mogelijkheid, dat er alsdan niets kan zijn, waarmede de begiftigde wordt voldaan, kan hier niets ter zake doen; de begiftigde heeft die mogelijkheid met andere schuldeischers onder gelijke tijdsbepaling gemeen (4). Velen intusschen willen het niet als eene geldige schenking beschouwd hebben, wanneer de schenker bepaalt, dat het geschonkene zal worden ontvangen uit hetgeen hij bij zijn overlijden zal nalaten (5); ik moet echter bekennen, geen afdoend onderscheid tusschen dit geval en het zoo even bedoelde te vinden. De strekking der schenking is in beide gevallen vrij gelijk; hetzelfde geldt van de uitvoering, tenzij in het eerstbedoeld geval bepaalde goederen daarvoor verbonden mogten zijn, hetgeen dan toch iets bijkomends is en, mijns bedunkens, vreemd is en blijft aan het wezen der schenking. Er is dan ook in beide gevallen even stellig en even onherroepelijk eene verbindtenis geboren voor den schenker zelven en een regt van vordering verkregen tegen zijnen erfgenaam, en dat regt komt den begiftigde zoo zeer toe, dat hij het kan vervreemden en overdragen (6).

59. Hoezeer voorts de wet daarvan met betrekking tot schenking niet bepaaldelijk spreekt, is het wel niet twijfelachtig, dat schenking van bepaalde zaken, die aan een' ander toebehooren, noodwendig nietig moet zijn (7). De onherroepelijke afstand daarvan kan niet bestaan, omdat de schenker, toen hij schijnbaar dien afstand deed, geene beschikking daarover had. Wat art. 1507 B. W. van koop en verkoop zegt, moet dus ook van schenking gelden, gelijk trouwens hetzelfde

(1) Art. 894 C. N. sprak in het Ontwerp van „*la propriété* de la chose donnée." Die woorden zijn door het Tribunat weggelaten. Zie *Conf. du C. C.*, IV, bl. 116 en v. — (2) DURANTON, VIII, n. 456; ZACHARIAE, III, § 675, bl. 58 en v. — (3) DURANTON, VIII, n. 471 en v. — (4) DURANTON, VIII, n. 457; ZACHARIAE, III, § 698, bl. 142 en n. 4. — (5) GRENIER, I, n. 7; ZACHARIAE, t. a. p., en n. 6. — (6) Verg. GRENIER, n. 7 *bis*; DURANTON, VIII, n. 458. — (7) ZACHARIAE, III, bl. 59 en n. 5.

ook uitdrukkelijk ten aanzien van legaten is bepaald in art. 1013 B. W. Wij spraken echter opzettelijk van bepaalde zaken van een' ander, gelijk de wet zelve dit ook in art. 1013 doet; omdat, even als legaten van onbepaalde zaken, doch van een zeker geslacht, in art. 1015 B. W. bestaanbaar zijn verklaard, hetzij de erflater zoodanige zaken hebbe nagelaten of niet, zoo hetzelfde ook ten aanzien van schenking zoowel als van koop en verkoop gelden moet, daar dergelijke individueel niet bepaalde zaken aan niemand toebehooren, en dus niet meer het goed zijn van een' ander, dan van hem, die er over beschikt (1). Waar de geschonkene zaak ten deele aan een' ander, maar ten deele ook aan den schenker toebehoort, die haar met genen gemeen heeft, is de schenking voor het aandeel des schenkers geldig en voor het overige nietig, en wordt de zaak nu tusschen den derde en den begiftigde gemeen (2).

§ 4.

Voorwaarden en bepalingen, onder welke eene schenking kan plaats hebben.

60. In het algemeen kunnen partijen alle zoodanige voorwaarden en bepalingen aan de schenking verbinden, welke zij verkiezen. De wet heeft daarvoor slechts eenige beperkingen gemaakt, die deels door den aard der zaak vereischt werden, omdat de schenking anders zou ophouden schenking te zijn, deels ook in het belang der openbare orde noodzakelijk waren. De bepalingen der eerste afdeeling, die wij hier moeten beschouwen, kunnen gevoegelijk óf tot de eene óf tot de andere klasse van beperkingen gebragt worden.

61. Tot de eerste klasse behoort al aanstonds art. 1705 B. W., volgens hetwelk de schenker zich niet mag voorbehouden, of met andere woorden, den schenker niet mag worden vrijgelaten, de bevoegdheid om over een voorwerp, in de schenking begrepen, te beschikken. De afstand van het geschonkene sluit zoodanige latere beschikking uit; of waar deze nog mogelijk is, daar heeft gene niet plaats gehad. De oude Fransche regel: „donner et retenir ne vaut" (3) moet ook bij ons nog geldig zijn. Het behoud der beschikking over het geschonkene is onvereenigbaar met het begrip van schenking, en wat met zoodanig voorbehoud gezegd wordt geschonken te zijn zou inderdaad niet geschonken wezen. Daarom is dan ook volgens art. 1705 zoodanige schenking nietig (4) en wordt zij dus als niet geschied

(1) Verg. hierboven IV, n. 1068, VII, n. 56. — (2) Verg. hierboven IV, n. 1064, VII, n. 576. — (3) Verg. TOULLIER, V, n. 220 en v. — (4) Minder gepast zegt de wet, dat zij *als nietig* wordt *beschouwd*. Verg. voorts over de redactie VOORDUIN, V, bl. 329 en v.

beschouwd (1). Die nietigheid bepaalt zich echter natuurlijk tot dat voorwerp, waarover de beschikking is voorbehouden, onverminderd de geldigheid der schenking ten aanzien van alle andere voorwerpen, ten opzigte waarvan zij niet door een gelijk tegenstrijdig beding vernietigd is.

62. Het voorbehouden regt van beschikking maakt voorts de schenking alleen nietig voor zoo ver het eenig bepaald in de schenking begrepen voorwerp betreft. Meer toch is uit art. 1705 niet af te leiden, en art. 1708 *a* bepaalt uitdrukkelijk, dat de schenker zich mag voorbehouden om over eene bepaalde geldsom uit de geschonkene goederen te beschikken. Men moet hier onder bepaalde geldsom niet verstaan bepaaldelijk aangewezen muntstukken, zoo als die in de schenking begrepen zijn; dan toch zou er bezwaarlijk eene reden gevonden kunnen worden, waarom ten aanzien daarvan eene uitzondering op de bepaling van art. 1705 gemaakt zou wezen. Men moet daarentegen daaronder verstaan eene ten aanzien van het bedrag bepaalde geldsom, waarover de beschikking kan worden voorbehouden, zonder dat daardoor de schenking gedeeltelijk nietig wordt, omdat hier het bepaalde voorwerp ontbreekt, waarvoor de schenking nietig zou zijn, die inderdaad al het geschonkene op den begiftigde doet overgaan, maar dezen daarentegen den last oplegt om eene zekere geldsom ter beschikking van den schenker te stellen.

63. Deze opvatting komt mij althans noodzakelijk voor, wanneer men art. 1708 *a* in behoorlijke overeenstemming wil doen zijn met art. 1705, waarop het dan geene uitzondering bevat (2), maar hetwelk het veeleer nader bepaalt, door daarvan uit te sluiten, wat men welligt anders zou kunnen meenen als daarin mede begrepen te moeten beschouwen. Schijnbaar strijdt zeker tegen die opvatting de uitdrukking der wet: eene geldsom *uit* de geschonkene goederen; maar die strijd komt mij voor ook slechts schijnbaar te zijn, omdat die woorden naar de bedoeling des wetgevers niet aanduiden, dat de geldsom als een bepaald voorwerp der schenking gedacht is, maar slechts gebezigd zijn in navolging van art. 946 C. N., welks woorden: „une somme fixe *sur* les biens donnés" in de officiële uitgave van den C. N. ook reeds waren vertaald door „eene bepaalde somme *uit* de gegevene goederen", terwijl daar toch die somme gelds juist gesteld wordt tegenover „een stuk goed in de gifte begrepen." Eveneens kan art. 1708 *b* ons geene zwarigheid maken; dat toch het geschonkene geheel aan den begiftigde blijft, beteekent enkel, dat, wanneer de schenker niet heeft beschikt over de geldsom, die te

(1) Voorduin, V, bl. 326; grenier, n. 16. — (2) Anders vernede, op art. 1705 B. W.

zijner beschikking was gesteld, zijne erfgenamen daarover niet meer kunnen beschikken, en ook deswege geene aanspraken kunnen doen gelden tegen den begiftigde.

64. Hierin is namelijk onze wetgever van den C. N. afgeweken, die voorschrijft, dat, wanneer de schenker sterft zonder beschikt te hebben over de bepaalde geldsom, deze zal toebehooren aan de erfgenamen van den schenker, niettegenstaande alle daarmede strijdende bedingen. Dit was ook zoo bepaald in art. 1715 Wetb. van 1830; maar bij de latere herziening is in art. 1708 *b* het tegenovergestelde vastgesteld. „Men heeft vermeend," zegt ASSER, „dat indien de schenker zich heeft voorbehouden, om over eene bepaalde som uit de geschonkene goederen te beschikken, en zulks vóór zijn overlijden niet heeft gedaan, het daarvoor moet worden gehouden, dat hij van zijn vermogen geen gebruik heeft willen maken. Het geschonkene zal alzoo, in deszelfs geheel, aan den begiftigde verblijven" (1). Dat de schenker van zijne bevoegdheid geen gebruik heeft gemaakt, is dus in het voordeel van den begiftigde, die deswege niets aan de erfgenamen des schenkers behoeft af te staan, maar behoudt wat hem gegeven was. En dit is teregt zoo bepaald; want door de schenking ging al het geschonkene van den schenker op den begiftigde over; het hield op, den schenker toe te behooren en was daardoor ook voor zijne erfgenamen verloren; de vrije beschikking daarentegen, die de schenker zich behoudens het wezen der schenking kan voorbehouden, is geen goed, dat hij bij zijn overlijden aan zijne erfgenamen nalaat. De schenking is in dit geval niet gedaan, gelijk SCHÜLLER meent, onder de ontbindende voorwaarde: tenzij de schenker over de bepaalde geldsom anders beschikke (2); eene voorwaarde, die trouwens zeer weinig vereenigbaar zou zijn met de onherroepelijkheid der schenking en daarom ook in art. 1705 bepaald is verboden. De schenking is onvoorwaardelijk; al het geschonkene blijft het eigendom van den begiftigde; slechts heeft de schenker de beschikking over zekere geldsom, die, zoo hij daarover beschikt, door den begiftigde moet worden afgegeven, en anders aan dezen blijft.

65. Wat voorts de tegenovergestelde bepaling van art. 946 C. N. betreft, deze komt mij voor een gevolg daarvan te zijn, dat niet is onderscheiden tusschen het voorbehoud van beschikking over eene geldsom en over eenig voorwerp. Ten aanzien van dit laatste geldt bij ons hetzelfde als naar het Fransche regt (3). De schenking is, voor

---

(1) ASSER, § 806. Verg. de mem. v. toel. bij VOORDUIN, V, bl. 331. — (2) SCHÜLLER, op art. 1708 B. W. Verg. DE PINTO, II, § 927, 2°, bl. 456; 3e uitg. § 987, 2, bl. 566. — (3) Verg. MALLEVILLE, II, bl. 423 en v.; GRENIER, I, n. 16. Zie ook DABELOW, § 818, bl. 196.

zoo veel dat voorwerp aangaat, volgens art. 1705 B. W. nietig. Heeft nu de schenker over dat voorwerp op eene geldige wijze anders beschikt, dan is deze beschikking van kracht; heeft hij daarover niet beschikt, dan belet de nietigheid der schenking den begiftigde het voorwerp te behouden, dat dus van zelf aan de erfgenamen des schenkers toebehoort. Maar dit is van geene toepassing op het voorbehoud van beschikking over eene geldsom; die onze wetgever daarom teregt niet op dezelfde lijn daarmede heeft gesteld, en waarvoor hij dan ook geheel iets anders moest bepalen.

66. Is onze opvatting juist, en is het voorbehoud der beschikking over eene zekere geldsom daarom geoorloofd, omdat het de schenking in haar geheel laat en al het geschonkene onherroepelijk eigendom van den begiftigde laat blijven, zoodat het verbod van art. 1705 alle toepassing mist, — dan moet ook art. 1708 *a* B. W. als eene enunciatieve, niet als eene beperkende bepaling worden beschouwd, en zal men hier niet met grond kunnen zeggen: qui de uno dicit, de altero negat. Zoodanig voorbehoud is dan niet alleen geoorloofd ten aanzien eener geldsom, maar ook van andere zaken (1), zoo die maar niet als bepaalde voorwerpen een deel der schenking uitmaken. Zoo zal b. v. eene schenking van een stuk land, waarbij de schenker zich voorbehoudt jaarlijks over eene zekere hoeveelheid koorn te beschikken, evenzeer geldig zijn; de schenker kan in dat geval daarover beschikken, en doet hij het niet, zoo behoudt de begiftigde dat koorn, maar in allen gevalle blijft het geschonkene aan dezen toebehooren.

67. Zoo is het dan ook, volgens art. 1706 B. W., aan den schenker geoorloofd, zich het genot of vruchtgebruik van geschonkene roerende of onroerende goederen tot zijn eigen voordeel voor te behouden (2). De wetgever heeft dit zeker niet geoorloofd verklaard ten gevolge van des schenkers regt van eigendom op de goederen, welke hij schenken wil (3); maar geeft daardoor te kennen, dat zoodanig voorbehoud niet in strijd is met het wezen der schenking. En zoo is het ook; de bepaling toch van art. 1705 B. W. kan hier geen toepassing vinden, omdat hier geen sprake is van eenig voorbehoud ten aanzien van iets dat in de schenking was begrepen; deze omvatte slechts den blooten eigendom der zaak, die afgescheiden van het vruchtgebruik als zelfstandige zaak voorwerp der schenking zijn kan. Op gelijke wijze kan men ook den blooten eigendom voor zich behouden en het vruchtgebruik aan een' ander schenken (4), zonder dat art. 1705 dit belet, ofschoon de wet daarvan niet uit-

---

(1) Die schijnt echter tegengesproken te worden door ASSER, § 806; LIPMAN, bl. 510. — (2) DURANTON, VIII, n. 461. — (3) SCHÜLLER, op art. 1706 B. W. — (4) SCHÜLLER, op art. 1706 B. W.; DURANTON, VIII, n. 468.

drukkelijk spreekt. De reden, waarom zij van het voorbehoud van vruchtgebruik uitdrukkelijk heeft gesproken, schijnt daarin gelegen, dat art. 949 C. N. gelijke bepaling behelsde, ter beslissing van een verschil van gevoelen, dat vroeger over de vereenigbaarheid van zoodanig voorbehoud, bepaaldelijk ten aanzien van roerende zaken, met den regel: donner et retenir ne vaut, had bestaan (1). Vandaar dan ook, dat uitdrukkelijk gesproken wordt van: roerende of onroerende goederen.

68. Eveneens kan de schenker, volgens art. 1706 B. W., over het genot of vruchtgebruik van geschonken roerende of onroerende goederen ten behoeve van een' ander beschikken, zonder dat de schenking daardoor van aard verandert. Er hebben in dit geval twee afzonderlijke schenkingen plaats, beide onderworpen aan de voorgeschrevene formaliteiten (2); maar beide dan ook evenzeer bestaanbaar, als men, volgens art. 930 B. W., bij uiterste wilsbeschikking het vruchtgebruik aan den een en den blooten eigendom aan een' ander kan geven (3).

69. Art. 1706 B. W. bepaalt nog, dat in dit geval, even als wanneer de schenker zich zelven het vruchtgenot heeft voorbehouden, de bepalingen van den negenden titel van het tweede boek van dit Wetboek zullen moeten worden in acht genomen (4); wat trouwens ook bij het stilzwijgen der wet naauwelijks twijfelachtig had kunnen zijn, gelijk zeer zeker hetzelfde ook geldt, waar alleen het vruchtgebruik is geschonken, om de eenvoudige reden, dat de bepalingen omtrent het vruchtgebruik natuurlijk toepasselijk zijn, waar een vruchtgebruik is.

70. Wanneer de schenking van het vruchtgebruik aan een' derde geen gevolg heeft, hetzij doordien de schenker haar herroept, vóórdat zij nog is aangenomen, of doordien de derde haar niet wil aannemen of wel vóór de aanneming sterft, zou, naar de meening van DURANTON (5), hij, wien de eigendom geschonken is, niet terstond in het genot treden, maar de schenker zelf in de plaats van den derde komen gedurende den tijd, dien het genot van dezen zou geduurd hebben. Deze meening, in wier voordeel men zich bij ons niet meer kan beroepen op art. 946 C. N., komt mij voor aan gegronde bedenking onderworpen te zijn (6). Wel is in het bedoelde geval aan den begiftigde slechts de bloote eigendom gegeven; maar deze bloote eigendom heeft slechts een afzonderlijk bestaan, wanneer men dien in verband beschouwt met een bepaald vruchtgebruik, dat hier niet be-

---

(1) MALLEVILLE, II, bl. 425. — (2) DURANTON, VIII, n. 463 en v. — (3) VOORDUIN, V, bl. 334. — (4) VOORDUIN, V, bl. 326. — (5) DURANTON, VIII, n. 466. — (6) Verg. ook TOULLIER, V, n. 226.

staat, omdat het niet is tot stand gekomen. Ware dat vruchtgebruik tot stand gekomen, zoo kon, volgens art. 819 B. W., het vrucht*genot* verkocht of om niet afgestaan worden, om op te houden, wanneer het vruchtgebruik zou ophouden; maar even als dan de bloote eigendom volle eigendom zou worden, schijnt dit ook het geval te moeten zijn, wanneer het vruchtgebruik, om hetwelk de eigendom slechts bloote eigendom zijn zou, geen bestaan erlangt. De begiftigde, wien de eigendom is geschonken van goederen, waarvan het vruchtgebruik aan een' ander is toegekend, behoeft aan niemand het genot dier goederen toe te staan, dan aan dien vruchtgebruiker of aan hem, die in zijnen naam dat genot wil hebben; en hij heeft den vollen eigendom, zoodra dat vruchtgebruik, uit welken hoofde dan ook, niet bestaat.

71. Eveneens zou ik zwarigheid maken, om met DURANTON (1) aan te nemen, dat men bij het schenken van den blooten eigendom niet zou behoeven uit te drukken, aan wien het vruchtgebruik zal toebehooren. Ook hier heeft de bloote eigendom geen zelfstandig bestaan, dan tegenover een bepaald vruchtgebruik. Het voorwerp der schenking zou geene bepaalde zaak zijn, en het is mij althans niet duidelijk, hoe het dit voor den begiftigde ooit zou worden, wien trouwens de schenking zelve iets bepaalds moet toekennen, zonder dat daartoe eene latere bepaling noodig moet zijn, nadat de schenking reeds lang haar beslag heeft gekregen. Nu moge de schenker er belang bij kunnen hebben om den vruchtgebruiker niet terstond aan te wijzen; hij stelle dan ook de schenking van den eigendom uit totdat hij die aanwijzing kan doen, in allen gevalle kan dit hem geene bevoegdheid geven, die de aard der zaak schijnt uit te sluiten.

72. En zoo zou ik ook van meening zijn, dat het voorbehoud der bevoegdheid, om over het vruchtgebruik ten behoeve van een' derde te beschikken (2), slechts bestaanbaar zal zijn, wanneer die derde met name wordt aangewezen. Dan is er ook iets bepaalds, wat volgens art. 1705 niet mede geschonken is, maar desniettemin, zoo van de bevoegdheid geen gebruik wordt gemaakt, aan den begiftigde toekomt, zoo al niet uit kracht van art. 1708, dan toch onafhankelijk van art. 1705 en uit kracht van den geschonken eigendom, die van zelf volledig is, wanneer dat, wat zijne volledigheid in den weg stond, vervalt. De schenker, die niet terstond over het vruchtgebruik beschikken wil en toch den blooten eigendom wil schenken, zal, mijns bedunkens, zich zelven het vruchtgebruik moeten voorbehouden, om dan gedurende zijn leven over het vrucht*genot* te kunnen beschikken.

---

(1) DURANTON, VIII, n. 467. — (2) Verg. DURANTON, VIII, n. 466.

73. De schenker kan zich, volgens art. 1709 B. W., het regt van terugkeering voorbehouden; om namelijk de gegeven goederen tot zich te doen terugkeeren, hetzij ingeval de begiftigde alleen of wanneer deze en zijne afkomelingen vóór hem komen te overlijden. Bij de beraadslaging werd de meening geuit, dat dit eene donatio mortis causa zou zijn, maar werd die meening door de Regering teregt bestreden, „omdat, in het geval van dit artikel, de schenking werkelijk *gedurende het leven van den schenker* wordt ten uitvoer gebragt, en tot den schenker terug keert indien hij den begiftigde overleeft. Dit is dus geene schenking ter zake des doods, maar eene herroeping (wij zouden liever zeggen: een beding van ontbinding of tenietdoening) van eene schenking onder de levenden" (1).

74. Dat regt van terugkeering mag worden voorbehouden; het kan dus bij de schenking bedongen worden, of wel de schenking kan geschieden onder die ontbindende voorwaarde. Het bestaat, naar ons B. W. even als naar den C. N. (2), nimmer van regtswege, in welke betrekking de schenker en de begiftigde ook tot elkander mogen staan, maar het moet bepaaldelijk worden voorbehouden en bestaat slechts uit kracht van zoodanig voorbehoud (3). En zoo moet ook de uitgestrektheid van het regt van terugkeering geheel afhangen van de wijze, waarop, of de termen, waarin het is voorbehouden; en zal alzoo, wanneer het alleen bedongen is voor het geval, dat de begiftigde en zijne afkomelingen vóór den schenker komen te overlijden, deze geen aanspraak hebben op grond van het vóóroverlijden van den begiftigde alleen met achterlating van afkomelingen (4). Voor het overige is het juist niet noodig, dat de akte van schenking een bijzonder beding behelze omtrent het regt van terugkeering, wanneer het voorbehoud hiervan slechts duidelijk genoeg uit den zamenhang dier akte voortvloeit; en wanneer zijn omvang niet bepaald is omschreven, zal daaraan de meest beperkte werking moeten worden toegekend, die de wet toelaat (5).

75. De wet laat namelijk twee onderscheidene werkingen van het regt van terugkeering toe; het kan verbonden worden, hetzij aan het vooroverlijden van den begiftigde alleen, hetzij tevens aan het niet-bestaan of vooroverlijden van zijne afkomelingen vóór den schen-

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 333. — (2) Het vroegere Fransche regt onderscheidde een retour légal en een retour conventionnel. MALLEVILLE, II, bl. 426 en v.; GRENIER, n. 27 en v. – (3) *Conf. du C. C.*, IV, bl. 277; DABELOW, II, § 819, bl. 198; ZACHARIAE, III, § 700, bl. 145 en n. 3 en v. — (4) GRENIER, I, n. 31. — (5) ZACHARIAE, III, § 700, bl. 145 en v. en n. 6. DE PINTO, II, § 930, bl. 456; 3e uitg. § 990, bl. 567, leert echter, dat de kinderen van den begiftigde de geschonkene goederen niet voor zich kunnen behouden, in geval er regt van terugkeer bedongen is, tenzij zulks uitdrukkelijk bepaald zij.

ker. In het eerste geval heeft de terugkeering plaats, al laat de begiftigde ook afkomelingen na, en de schenker toont door zoodanig voorbehoud, dat hij bij zijne schenking bepaaldelijk de bevoordeeling van den begiftigde op het oog had, zonder ook jegens diens afkomelingen gelijk gezind te zijn (1). GRENIER beschouwt zoodanig voorbehoud alleen als geoorloofd en niet vernietigbaar (2), maar verliest uit het oog, dat het werkelijk een der beide wijzen is, waarop het regt van terugkeering kan worden voorbehouden. Ten onregte stelt hij ook eene schenking met zoodanig voorbehoud gelijk met eene schenking van vruchtgebruik ten behoeve van den begiftigde. Het verschil toch springt in het oog, daar ingeval van schenking van vruchtgebruik de eigendom óf aan den schenker blijft óf door hem aan een' derde wordt overgedragen, maar in ieder geval het vruchtgebruik met den dood des begiftigden eindigt ten voordeele van hem, die dan eigenaar van het in vruchtgebruik gegeven voorwerp zijn zal, onverschillig wie dit mag wezen; terwijl daarentegen in ons geval de begiftigde eigenaar is en het geschonkene aan zijne erfgenamen, wie zij ook zijn mogen, zal overlaten, wanneer hij maar niet vóór den schenker komt te overlijden en dus het goed niet tot dezen terugkeert.

76. Het ander geval kan zich op twee verschillende wijzen voordoen. Vooreerst kan het regt van terugkeering bedongen worden voor het geval, dat de begiftigde en zijne afkomelingen vóór den schenker sterven, en van dit geval spreekt de wet uitdrukkelijk. De terugkeering heeft dan eerst plaats, wanneer niet alleen de begiftigde, maar ook al zijne afkomelingen overleden zijn, en de schenker dan nog in leven is (3).

77. Ten anderen kan het bedongen worden voor het geval, dat de begiftigde zonder afkomelingen vóór den schenker overlijdt. Wel spreekt de wet hiervan niet uitdrukkelijk, maar het ligt geheel in hare bepaling, dat ook zoodanig voorbehoud even geoorloofd wezen moet. Het verschilt intusschen wezenlijk van het voorgaande, en is veel meer beperkt dan dit. Met zoodanig voorbehoud toch heeft de terugkeering alleen dan plaats, wanneer de begiftigde, vóór den schenker overlijdende, geene afkomelingen nalaat. Laat hij die na, zoo ontbreekt de voorwaarde, waaraan het regt van terugkeering verbonden was; dit regt is dus vervallen, en al stierven nu ook nog al die afkomelingen vóór den schenker, dan zou toch dat regt niet herleven en het geschonkene niet tot den schenker wederkeeren, maar overgaan tot de erfgenamen dier afkomelingen (4).

---

(1) TOULLIER, V, n. 286; ZACHARIAE, III, § 700, bl. 146 en n. 7. — (2) GRENIER, I, n. 32. — (3) DURANTON, VIII, n. 491. — (4) DURANTON, VIII, n. 491; TOULLIER, V, n. 286; GRENIER, I, n. 31; ZACHARIAE, III, § 700, bl. 146 en n. 8; DE PINTO, II, § 930, bl. 456 en v.; 3e uitg. § 990, bl. 567.

78. De wet spreekt slechts van afkomelingen, zonder te kennen te geven, of zij enkel wettige of ook natuurlijke kinderen of afkomelingen op het oog had. Bij haar stilzwijgen zal men geen vasten, voor alle gevallen geldenden regel kunnen aannemen, maar zal men veeleer moeten vragen, welke de bedoeling der partijen zij geweest. En dan geloof ik, dat men in het algemeen, en wanneer er geene bepaalde aanleiding voor het tegendeel bestaat, kan aannemen, dat bij het voorbehoud van regt van terugkeering alleen aan wettige afkomelingen is gedacht, en dus natuurlijke kinderen, hoezeer wettiglijk erkend, hier niet als bestaande afkomelingen in aanmerking zullen komen. Vooreerst zou het bestaan van natuurlijke kinderen het regt van terugkeering óf ongestoord moeten laten werken óf het geheel opheffen; eene gedeeltelijke opheffing toch is in niets gegrond. Wanneer nu echter dat regt daardoor geheel zou worden opgeheven, dan zou van het bestaan van natuurlijke kinderen, die, zoo zij nevens andere erfgenamen dan wettige afstammelingen tot de nalatenschap geroepen worden, toch, volgens art. 910 B. W., slechts voor een gedeelte daartoe geregtigd zijn, en dus ook op de geschonkene goederen, die in de nalatenschap begrepen zouden zijn, niet voor het geheel aanspraak kunnen maken, — dan zou, zeg ik, daarvan het gevolg wezen, dat andere erfgenamen, wier bestaan de terugkeering niet verhinderde, en die op zich zelve geen voordeel uit de schenking zouden trekken, nu daarvan hun aandeel zullen genieten en den schenker mede uitsluiten. Ten anderen zou dan de schenker de werking van zijn voorbehoud grootendeels overlaten aan het goedvinden van den begiftigde, die ook door de erkenning van een natuurlijk kind, dat inderdaad het zijne niet was, de terugkeering zou kunnen uitsluiten, wat echter, de zedelijkheid nog daargelaten, inderdaad wel niet aannemelijk geacht kan worden. Dit laatste geldt slechts voor eene latere erkenning, na de schenking plaats hebbende; het eerste geldt ook wanneer de erkenning aan de schenking is voorafgegaan. In dit geval zal men daarom eenigzins ligter kunnen aannemen, dat de werking van het voorbehoud ook van het bestaan van zoodanige afkomelingen afhankelijk is gesteld, althans zoo de schenker van die erkenning tijdens de schenking kennis droeg. Maar ook in dit geval schijnt dit slechts als een vermoeden te kunnen worden aangenomen; hetwelk door andere vermoedens zal moeten worden gesterkt, zal men met grond kunnen aannemen, dat werkelijk de bedoeling der partijen zoo ruim is geweest (1).

79. De wetgever heeft de bevoegdheid ten aanzien van het regt van terugkeering binnen zekere grenzen bepaald, zoowel wat de per-

(1) Verg. DURANTON, VIII, n. 488; ZACHARIAE, III, § 700, bl. 146 en n. 9; PAILLIET, op art. 951 C. N.

sonen betreft, die daarvan genot kunnen hebben, als wat de gevallen aangaat, waarin dat genot kan plaats hebben. Art. 1709 B. W. zegt, dat het niet anders bedongen kan worden dan ten behoeve van den schenker alleen. De schenker kan het dus niet bedingen voor zijne kinderen, noch voor zich en zijne kinderen, zoodat ook deze aanspraak zouden hebben, wanneer de begiftigde, hetzij op zich zelf, hetzij zonder afkomelingen of met zijne afkomelingen, vóór die kinderen overleed. Veel minder kan hij het voor verdere afkomelingen, erfgenamen of regtverkrijgenden bedingen (1).

80. Algemeen wordt aangemerkt, dat het regt van terugkeering ook niet bedongen kan worden ten behoeve van een' derde (2); ik vind echter zelfs deze voorstelling minder juist, omdat zoodanig beding mijns inziens strijden zou met het begrip, dat men natuurlijk, volgens de beteekenis des woords, aan terugkeering hechten moet. Mijns bedunkens kan men spreken van een regt van terugkeering ten behoeve van den schenker, en ook ten behoeve van des schenkers kinderen of afkomelingen, omdat de geschonkene goederen, die, wanneer de schenking niet had plaats gehad, tot des schenkers nalatenschap zouden behooren en als zoodanig op zijne kinderen of afkomelingen overgaan, inderdaad, in zekere gevallen, wanneer de wet het niet uitsloot, gezegd zouden kunnen worden tot hen terug te keeren Maar wanneer bedongen werd, dat in gelijke gevallen die geschonkene goederen zullen overgaan tot een' derde, dan kan er, mijns bedunkens, geen sprake zijn van terugkeering, omdat zij nooit aan dien derde hebben toebehoord, en deze daarop ook geen regt gehad zou hebben, zoo de schenking niet ware geschied. Er heeft dan eene substitutie plaats, eene schenking over de hand, die door de verwijzing in art. 1712 naar art. 926 B. W. evenzeer ongeoorloofd is als eene erfstelling over de hand.

81. Men heeft dan ook het verbod van beding van terugkeering voorgesteld als van gelijke strekking met het verbod dier substitutiën, of althans gezegd, dat anders dit verbod zou kunnen verijdeld worden door een beding van regt van terugkeering (3); maar men heeft dit, naar mijne meening, minder juist gedaan, bij gebreke van de noodige onderscheiding. Wanneer het regt van terugkeering bedongen wordt ten behoeve van des schenkers kinderen of andere afkomelingen, dan heeft er geene schenking over de hand plaats; eene regeling der erfopvolging of der opvolging in het algemeen, ten voordeele van en-

---

(1) Verg. mr. QUARLES VAN UFFORD, *Proeve over de gemeente* enz. (Leiden 1849), bl. 29. — (2) TOULLIER, V, n. 287; DURANTON, VIII, n. 487; GRENIER, I, n. 34. – (3) Zie o. a. DE PINTO, II, § 930, bl. 457; 3e uitg. § 990, bl 567, die dit juist in verband brengt met het beding ten behoeve der kinderen; SCHÜLLER, op art. 1709 B. W.

kele bepaalde personen, die men door het verbod der erfstellingen over de hand voornamelijk heeft willen voorkomen, bestaat hier niet, omdat hier geene bepaalde personen zijn aangewezen en de geschonkene goederen juist aan dezelfden zouden toebehooren, die ze ook zonder de schenking zouden gehad hebben. Anders is het, waar het beding, al heeft men dan ook het woord „terugkeering" gebezigd, ten behoeve van een' derde is gemaakt; waarmede ook gelijk gesteld moet worden zoodanig beding ten behoeve van een bepaald aangewezen kind of afkomeling des schenkers, die met ieder ander' derde gelijk staat, omdat de goederen ook niet tot hem kunnen terugkeeren, en slechts tot hem zouden overgaan ten gevolge der schenking met bijgevoegd beding.

82. Wanneer men deze onderscheiding in het oog houdt, dan wordt de beslissing gemakkelijk der vraag, welk het gevolg zal zijn, wanneer het regt van terugkeering ten behoeve van anderen dan den schenker is bedongen; eene vraag, waarover de gevoelens zeer uiteenloopen (1), en bij gebreke dier onderscheiding ook wel moesten uiteenloopen. Wanneer een regt van terugkeering bedongen is ten behoeve van een bepaald aangewezen kind of afkomeling van den schenker of van een' derde, dan is de zaak niet bij den regten naam genoemd, dan heeft men ten onregte van terugkeering gesproken en inderdaad eene schenking over de hand gedaan. Het gevolg kan niet twijfelachtig zijn, daar art. 1712 in verband met art. 926 B. W. bepaalt, dat de geheele handeling, ook ten aanzien van den begiftigde, nietig en van onwaarde is. Want het spreekt wel van zelf, dat dergelijke wetsbepalingen niet verijdeld kunnen worden door het bezigen van eene andere, maar onjuiste, benaming. Wanneer daarentegen een regt van terugkeering bedongen is, hetzij ten behoeve van des schenkers kinderen of wel van den schenker en zijne kinderen, dan is de handeling niet zoo geheel en al nietig; nietig is dan alleen, wat tegen het verbod der wet geschied is. De schenking is dus van

---

(1) DURANTON, VIII, n. 487, stelt, dat de schenking geldig, en het beding van onwaarde is; TOULLIER, V, n. 287, acht ook de schenking van onwaarde; GRENIER, I, n. 34 en v., onderscheidt, naarmate de uitoefening van het regt van terugkeering afhankelijk is gesteld van het vóóroverlijden van den begiftigde en zijne afkomelingen vóór den schenker, als wanneer hij de schenking geldig en het beding voor zoo ver de anderen betreft nietig acht; of wel dat die uitoefening niet van dat vóóroverlijden vóór den schenker afhankelijk gesteld is, in welk geval alleen hij eene substitutie aanneemt en daarom de geheele schenking nietig acht. ZACHARIAE onderscheidt, met gelijk gevolg, of het beding gemaakt is ten behoeve van den schenker en zijne erfgenamen of een' derde tezamen, dan wel ten behoeve van zijne erfgenamen of een' derde alleen, in welke laatste gevallen hij evenzeer eene substitutie ziet; III, § 700, bl. 145. Verg. § 694, bl. 122, n. 38. Verg. voorts de jurisprudentie, opgegeven door GRENIER en ZACHARIAE ter laatstaangehaalde plaats.

waarde, maar het regt van terugkeering bestaat in het eerste geval niet, in het laatste alleen ten behoeve van den schenker.

83. Het regt van terugkeering kan voorts alleen bedongen worden voor de gevallen, in art. 1709 genoemd, dat namelijk de begiftigde alleen, of wel de begiftigde en zijne afkomelingen (of zonder afkomelingen na te laten) vóór den schenker overleden zijn. Bij de beraadslaging werd de vraag geopperd, of de geschonkene goederen niet tot den schenker behoorden terug te keeren, indien hij na de schenking kinderen bekomt, en ook, of de schenker ten minste voor dat geval de terugkeering niet zou mogen bedingen. De Regering gaf hierop ten antwoord, dat deze »teruggave" overeenkomstig den wensch, in committé-generaal geuit, was weggelaten, omdat ze strijdig is met de zekerheid der eigendommen, en geloofde, dat op denzelfden grond de schenker het vermogen niet behoort te hebben om de terugkeering te bedingen *buiten het geval bij dit artikel bepaald* (1). Men mag na dit antwoord der Regering het stilzwijgen der wet omtrent andere gevallen gerust als eene uitsluiting van het beding voor zoodanige gevallen beschouwen; op de onherroepelijkheid der schenking mag geene verdere uitzondering gemaakt worden dan de wet heeft aangewezen.

84. Intusschen zal het regt van terugkeering zoowel ten aanzien van een gedeelte als van al de geschonkene goederen kunnen worden bedongen. Men zou zeker te veel gewigt aan de woorden hechten, wanneer men uit de uitdrukking: „de gegeven goederen" het tegendeel wilde afleiden. Veeleer zal in de bevoegdheid, voor het geheel gegeven, mede die voor een deel geacht moeten worden begrepen te zijn, wat te meer aannemelijk is, waar het, gelijk hier, een voorbehoud, eene beperking der schenking, geldt.

85. Het gevolg van het regt van terugkeering is, dat de geschonkene goederen weder het eigendom worden van den schenker, zoo als ze dit vroeger waren en zonder de schenking zouden gebleven zijn. De wet bepaalt niet, dat de goederen tot den schenker moeten terugkeeren in denzelfden staat waarin ze geschonken zijn, belast den begiftigde niet met de vergoeding van alle vermindering, die ze mogten ondergaan hebben, en legt hem ook niet de verpligtingen van een' goed huisvader op. Hij is dan ook geheel eigenaar van die goederen, en kon ze als zoodanig gebruiken en daarvan de vruchten trekken, zonder die later te behoeven terug te geven (2); slechts kan hij ze, waar het regt van terugkeering in toepassing komt, niet behouden. Hij kon ze als eigenaar ook vervreemden en bezwaren of ver-

---

(1) Voorduin, V, bl. 331 en v. — (2) Toullier, V, n. 294; Zachariae, III, § 700, bl. 147.

panden, maar hij kon daardoor geen verder regt geven dan hij zelf had, noch den schenker de uitoefening van zijn regt onmogelijk maken.

86. Het is daarom, volgens art. 1710 B. W., ook een gevolg van het regt van terugkeering, wanneer dit namelijk in toepassing komt, dat alle vervreemdingen der geschonkene goederen worden vernietigd en die goederen tot den schenker terugkeeren, vrij en ontheven van alle lasten en hypotheken, welke daarop sedert het tijdstip der schenking gelegd zijn. De strekking dezer bepaling is even algemeen als de ratio legis dit is; zij doet dus ook in pand gegeven roerende goederen tot den schenker wederkeeren; zij maakt een einde aan erfdienstbaarheden of andere zakelijke regten, door den begiftigde of zijne regtverkrijgenden als lasten op het goed gelegd; en zoo een derde, aan wien die goederen waren overgedragen, ze op zijne beurt weder had verkocht, en op die wijze het goed van de eene hand in de andere was overgegaan, worden ook al deze vervreemdingen vernietigd, met dat gevolg, dat ze des schenkers regt niet verhinderen (1).

87. De schenker, die het regt van terugkeering bedongen heeft, heeft het enkel in zijn belang bedongen en kan uit dien hoofde daarvan ook later, niet slechts nadat het geval bestaat, maar ook vóórdat hij nog zijn regt kan uitoefenen, afstand doen, hetzij voor het geheel, hetzij voor een deel en ten aanzien van enkele bepaalde goederen. Hij kan dit uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend doen, wanneer namelijk zijne daden ondubbelzinnig van zijn' wil doen blijken en onvereenigbaar geacht moeten worden met het behoud van het regt van terugkeering (2).

88. TOULLIER beweert, dat de herroeping der schenking pour cause de retour conventionnel in regten gevraagd moet worden (3). Ik acht deze meening niet gegrond en de voorstelling in het algemeen minder juist. Men moest hier toch niet spreken van eene herroeping der schenking wegens het bedongen regt van terugkeering, maar van de terugkeering der goederen uit kracht van het bedongen regt. Wat nu de aanvraag in regten betreft, men zou misschien kunnen meenen daarvoor een' grond te vinden in de woorden van art. 1709 B. W., hetwelk spreekt van het regt, om de gegevene goederen tot zich *te doen terugkeeren*; ik geloof echter, dat men deze woorden veilig kan beschouwen als eene bloote, hoezeer dan wat omslagtige, vertaling van het Fransche „droit de retour des objets donnés," in art. 951 C. N.; het blijkt althans niet van elders, dat onze wetgever daar-

(1) VOORDUIN, V, bl. 326 en v.; TOULLIER, V, n. 288; DURANTON, VIII, n. 492. — (2) ZACHARIAE, III, § 700, bl. 147 en n. 13 en v. — (3) TOULLIER, V, n. 292.

door juist aan eene aanv age in regten heeft willen doen denken, en de woorden zelve brengen die opvatting ook niet noodzakelijk mede. Mijns bedunkens keeren dus de goederen, in het bepaald geval, regtens en van regtswege tot den schenker terug, die slechts eene regtsvordering zal moeten instellen, wanneer hem facto het zijne wordt onthouden, even als ieder ander in dat geval daartoe zijne toevlugt nemen moet. Maar de erfgenamen van den begiftigde, of zij, aan wie hij eenig goed heeft overgedragen, bezitten die goederen dan niet meer uit kracht der schenking of krachtens eene geldige beschikking van den begiftigde; hun regt is geëindigd en zij zijn eenvoudige bezitters geworden, hetzij dan te goeder, hetzij te kwader trouw.

89. Wat de verjaring betreft der regtsvordering van den schenker, die natuurlijk, zoo het geval van terugkeering te zijnen behoeve is ontstaan, op zijne erfgenamen overgaat, de wet heeft daarvoor niets bijzonders bepaald. Die vordering tegen den begiftigde of zijne erfgenamen duurt dus, volgens art. 2004 B. W., dertig jaren, te rekenen van den dag, waarop de goederen regtens tot den schenker terugkeerden (1). Ten aanzien van derden, aan wie ze zijn overgedragen, acht ik art. 2000 *b* B. W. toepasselijk; zoodat zij na dertigjarig bezit veilig zijn tegen alle vordering. Het eerste lid komt mij echter daarom niet toepasselijk voor, omdat die derden zich in dezen kwalijk op een' titel zullen kunnen beroepen, daar, volgens art. 1710 B. W., de vervreemding, waardoor zij het goed bekwamen, vernietigd wordt (2). De regtsvordering tegen derde bezitters kan echter ook volgens art. 2000 *b* B. W. eerder verjaren dan die tegen de erfgenamen van den begiftigde, omdat de verjaring voor hen eerder kan begonnen zijn te loopen. Zij blijft dan tegen deze bestaan, en hoezeer de schenker of zijne erfgenamen nu de goederen in natura niet kunnen terugbekomen, blijven die erfgenamen van den begiftigde tot vergoeding aansprakelijk.

90. Fideicommissaire substitutiën heeft de wetgever even weinig door middel van schenkingen als door middel van uiterste wilsbeschikkingen willen toelaten; schenkingen over de hand zijn dus evenzeer als erfstellingen over de hand verboden, en dat verbod bestaat voor beide op gelijke wijze en in denzelfden omvang. Art. 1712 B. W. toch verwijst naar art. 926, 927 en 928 en naar de zevende en achtste afdeelingen van den twaalfden titel des tweeden boeks, en verklaart die op schenkingen toepasselijk (3). Bij de beraadslagingen werd de bedenking geopperd, als zou dit kwalijk zijn overeen te brengen met de beschouwing der schenking onder de levenden als eene

(1) Duranton, VIII, n. 495; Zachariae, III, § 700, bl. 148. — (2) Zie echter Duranton, VIII, n. 496; Zachariae, III, § 700, bl. 148. — (3) Voorduin, V, bl. 327, n. VIII.

overeenkomst (1), maar deze bedenking is zonder eenig gevolg gebleven, gelijk zij trouwens ook allen grond schijnt te missen.

91. Door de algemeene verwijzing in art. 1712 B. W. zijn onder anderen hier ook toepasselijk de bepalingen omtrent het beheer der goederen, die het onderwerp der substitutie uitmaken en omtrent de waarborgen voor hun behoud en rigtige uitkeering. Het spreekt intusschen van zelf, dat, even als in het algemeen bij de toepassing van voor een ander onderwerp gemaakte bepalingen, zoo ook hier vooral op den geest der wet moet worden gelet en de toepassing gewijzigd naar den verschillenden aard van erfstelling en schenking (2). Men heeft op grond hiervan art. 1025 B. W. aldus willen toepassen, dat de schenker, ook wanneer hij den bezwaarden begiftigde het beheer heeft gelaten, toch later, wanneer hij dit noodig acht, het hem kan ontnemen en zich zelven of een' bewindvoerder daarmede belasten; dat hij den bezwaarden begiftigde het beheer gedurende zijn leven kan laten en echter zorgen, dat het na zijn overlijden aan bewindvoerders komt, enz., en dat dit een en ander geschieden kan bij notariële akte of uitersten wil (3). De juistheid dier voorstelling meen ik echter te mogen betwijfelen. De bepaling van art. 1025 is voor erfstellingen gemaakt, die eerst met den dood des erflaters in werking treden, zoodat de bezwaarde erfgenaam dan ook in het genot treedt, overeenkomstig de bepalingen, waaraan zijn genot dan onderworpen is. Geheel anders is het met schenking, die den begiftigde terstond dat genot geeft, en wel onherroepelijk, volgens de bepaling der wet; waaruit ik meen te moeten afleiden, dat de begiftigde, wien bij en door de schenking het beheer is toegekend, daarvan later zonder zijne toestemming door den schenker niet kan worden ontzet.

92. Art. 1712 bepaalt voorts door de verwijzing naar art. 929 B. W., dat de schenking, waardoor een derde het genot daarvan hebben zal in het geval dat de begiftigde dat genot niet heeft, van waarde is. In dit geval bestaan er inderdaad twee schenkingen, waarvan de werking der eene van die der andere afhankelijk is. Maar zoo moet dan ook die derde tot de schenking zijn toegetreden en haar op wettige wijze hebben aangenomen, zal de schenking te zijnen opzigte volkomen zijn.

93. Van art. 930 B. W. spreekt art. 1712 niet, en dit was om art. 1706 ook niet noodig (4). Maar het verwijst naar art. 931, en beslist hierdoor, dat de bepaling, waarbij het geschonkene geheel of voor een gedeelte onvervreemdbaar is verklaard, voor niet geschreven

(1) VOORDUIN, V, bl. 326. — (2) Zie *R. en W.*, I, bl. 590—594. — (3) *R. en W.*, t. a. p., bl. 591 en v. — (4) VOORDUIN, bl. 334.

wordt gehouden. De schenking zelve wordt dus daardoor niet krachteloos, maar de begiftigde behoudt desniettegenstaande de vrije beschikking over het geschonkene.

94. De schenker kan aan zijne schenking zoodanige verpligtingen voor den begiftigde verbinden, als hij goedvindt en de begiftigde zich wil laten welgevallen. Hij kan hem zekere lasten en de betaling van schulden opleggen, maar die lasten en schulden moeten worden opgegeven en uitgedrukt in de akte van schenking zelve of in een' staat, die daaraan wordt vastgehecht; men moet weten, wat het voorwerp der schenking zij, wat gegeven en wat aangenomen wordt. De schenker zou anders met de eene hand kunnen ontnemen, wat hij met de andere gaf, en zijne schenking middellijk door het maken van schulden herroepen of althans verijdelen (1).

95. Eene schenking, gemaakt onder voorwaarde om schulden of lasten te voldoen, welke niet op die wijze zijn uitgedrukt, is, volgens art. 1707 B. W., nietig. Zij is nietig in haar geheel, zonder dat er eene splitsing tusschen een bestaanbaar en onbestaanbaar gedeelte te pas komt; waartoe trouwens ook geene termen zouden bestaan, daar de bedoelde voorwaarde met de schenking een geheel uitmaakt, en de schenker niet geacht kan worden evenzeer te hebben willen schenken, wanneer die voorwaarde niet werd vervuld (2).

96. Het is duidelijk, dat eene schenking nietig is, gedaan onder de algemeene voorwaarde, dat de begiftigde al des schenkers schulden zal betalen, hetzij die reeds gemaakt zijn, hetzij die hij bij zijn overlijden zal nalaten; daar in het eerste geval de schulden niet zouden zijn *uitgedrukt;* en zij in het tweede geval zelfs niet eens vatbaar zouden zijn om op een' staat vermeld te worden (3). Het is die uitdrukking der schulden, waarop hier alles aankomt, zoodat het zelfs niets ter zake doet, zoo de begiftigde van elders met de bedoelde schulden bekend kon zijn (4).

97. Volgens art. 945 C. N. is de schenking nietig, zoo zij is gedaan onder voorwaarde om andere schulden of lasten te voldoen, dan welke ten tijde der schenking bestonden, of die uitgedrukt zijn in de akte van schenking of in een daaraan te hechten staat. Volgens onze wet daarentegen is het onverschillig, of de schulden ten tijde der schenking reeds gemaakt zijn of later gemaakt zullen worden. In beide gevallen is de schenking even nietig, wanneer de schulden niet naar het voorschrift der wet zijn uitgedrukt. Zij is dus

(1) *Conf. du C. C.*, IV, bl. 274; TOULLIER, V, n. 225; MALLEVILLE, II, bl. 423; GRENIER, 1, n. 46, 48; DE PINTO, II, § 927, 3°, bl. 456; 3e uitg. § 987, 3, bl. 566; SCHÜLLER, op art. 1707 B. W. — (2) DURANTON, VIII, n. 481. — (3) VOORDUIN, bl. 330; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1707. — (4) GRENIER, I, n. 47.

ook nietig, zoo zij gedaan is onder voorwaarde om nog niet bestaande en tevens onzekere of onbetaalde schulden te betalen, welke de schenker later mogt aangaan; omdat, of voor zoo ver zoodanige schulden niet vatbaar zijn om in de akte of in een' staat te worden uitgedrukt. Maar geldig is eene schenking onder voorwaarde om zoodanige schulden te betalen, welke nog wel niet zijn gemaakt, maar toch konden worden opgegeven en werkelijk zijn uitgedrukt (1). ASSER stelt als voorbeeld de schenking eener landhoeve onder voorwaarde, dat de begiftigde gedurende twee of drie (of ieder ander, mits bepaald getal) eerstvolgende jaren de huishuur voor den schenker zal betalen ten beloope van *f* 500 's jaars; eene schenking, die alleszins geldig is. Ik acht echter de bewering van dien schrijver minder juist, wanneer hij zegt, dat de voorwaarde, om zoodanige bepaalde en zekere, hoezeer nog niet bestaande, schulden van den schenker te betalen, als welke vooraf kunnen worden uitgedrukt, niet zoo algemeen (als die ten aanzien van onzekere en onbepaalde schulden) de nietigheid der gift ten gevolge zal hebben, „voor zoo verre namelijk die voorwaarde niet strijdig mogt zijn met de onherroepelijkheid der schenkingen." Naar mijne meening toch wordt die strijd met de noodzakelijke onherroepelijkheid juist en in allen gevalle door de bepaalde uitdrukking der schulden uitgesloten.

§ 5.

Nadere voorschriften omtrent de wijze, waarop, en den vorm, waarin schenking en aanneming kan en moet geschieden.

98. Wij hebben gezien, dat iedere schenking, als zijnde eene overeenkomst, de toestemming van beide partijen vordert, en door de toezegging aan de eene en de aanneming aan de andere zijde voldongen wordt. Die toestemming kan regtstreeks door hen zelve of ook door daartoe gemagtigden worden gegeven. De wet spreekt wel in art. 1720 B. W. alleen van een' gevolmagtigde van den begiftigde, niet van den schenker; het spreekt echter van zelf, dat de bevoegdheid, die men in het algemeen bezit, om een' ander voor zich te laten handelen en iets door een' ander te verrigten, daarom ook hier moet bestaan, omdat zij niet voor schenking bepaaldelijk is ontnomen.

99. Bij het stilzwijgen der wet kan het echter minder zeker schijnen, of zoodanige volmagt ook, gelijk art. 1720 ten aanzien van den

---

(1) ASSER, § 805; DE PINTO, II, § 827, 3°, bl. 456; 3e uitg. § 987, 3, bl. 567; SCHÜLLER, op art. 1707 B. W.; LIPMAN, bl. 510. Verg. DURANTON, VIII, n. 483; GRENIER, I, n. 49; ZACHARIAE, III, § 699, bl. 145.

begiftigde voorschrijft, bij authentieke akte moet zijn gegeven, dan of ook eene onderhandsche akte daartoe voldoende is, of wel de volmagt ook mondeling kan gegeven zijn. Wanneer men in aanmerking neemt, dat de wet hier alles bij notariële akte wil laten geschieden, voor zoo veel zij zich heeft uitgelaten over den vorm; dat zij dat bepaaldelijk ook heeft voorgeschreven ten aanien van den gemagtigde van den begiftigde, terwijl er geene reden schijnt te zijn, waarom de waarborg, dien men gemeend heeft daarin te vinden, bepaaldelijk voor dezen en minder voor den schenker noodig was; en dat de waarborg, dien men ook voor dezen in de notariële akte van schenking zag, welligt te loor zou kunnen gaan, zoo iemand bij onderhandsche akte kon gemagtigd worden om die schenking te doen, dan zal men met grond mogen aannemen, dat ook hier eene authentieke akte naar den geest der wet de voorkeur verdient. Bij het stilzwijgen der wet zal men echter niet kunnen zeggen, dat zij bepaaldelijk gevorderd wordt om de schenking geldig te doen zijn (1). Voor het overige in het ook uit art. 1833 B. W. duidelijk, dat hier eene bijzondere volmagt noodig is, en dat eene algemeene niet voldoende geacht kan worden.

100. De begiftigde, die bekwaam is om overeenkomsten aan te gaan, kan ook de schenking óf zelf óf door een' gemagtigde aannemen. Ik sprak van den begiftigde, die bekwaam is om overeenkomsten aan te gaan; hoezeer toch art. 1720 zoodanige nadere bepaling mist, terwijl art. 933 C. N. veronderstelt, dat de begiftigde meerderjarig is, ligt het echter in den aard der zaak en volgt ook uit de bepalingen van art. 1721 en v. B. W. Het spreekt voorts van zelf, dat de bevoegdheid, om door een' gemagtigde eene schenking te doen aannemen, moet afhangen van de bevoegdheid om dit zelf te doen.

101. Art. 1720 *a* B. W. spreekt van eene volmagt om schenkingen aan te nemen, welke aan den begiftigde gedaan zijn, of in het vervolg gedaan mogten worden. Eene algemeene lastgeving in den zin van art. 1832 B. W., tot alle zaken van den lastgever betrekkelijk, is alzoo niet voldoende. Het is echter tevens niet noodig, dat eene bepaalde schenking, die aangenomen zal worden, uitdrukkelijk zij opgegeven; de volmagt kan voor eene bepaalde schenking gegeven zijn, maar het is tevens voldoende, zoo zij maar tot het aannemen van schenkingen gegeven is, hetzij van schenkingen, die reeds gedaan zijn, hetzij van schenkingen, die nog gedaan zullen worden, hetzij — want ook dit mag men er gerust bijvoegen — van schenkingen, die reeds gedaan zijn en die nog gedaan zullen worden

---

(1) Zoo ZACHARIAE, III, § 659, bl. 29, n. 3.

beide (1). Wat de personen betreft, die de begiftigde tot de aanneming magtigen kan, de wet behelst daaromtrent geene bijzondere bepaling, en het algemeen voorschrift van art. 1835 B. W. is dus ook hier van toepassing (2).

102. Art. 1720 *a* B. W. vordert bepaaldelijk eene volmagt bij authentieke, d. i. notariële, akte verleend (3). Art. 933 *b* C. N. schrijft tevens voor, dat eene expeditie dier volmagt zal worden gehecht aan de minuut der akte van schenking, of wel van die van aanneming, zoo deze bij afzonderlijke akte geschiedt. Men kon daaruit afleiden, dat de volmagt noodwendig in minuut moest worden opgemaakt (4); ofschoon TOULLIER toch ook beweert, dat de aanneming geldig is, wanneer de volmagt, in brevet opgemaakt, is aangehecht en daarvan in de akte van schenking of van aanneming melding gemaakt (5). Art. 1702 *a* spreekt niet van de aanhechting eener expeditie. Zoodanige aanhechting is nu ook wel noodzakelijk volgens art. 32 der Wet op het Notarisambt van 9 Julij 1842 (Sb. n. 20), behoudens de in art. 33 dier wet uitgezonderde gevallen, maar blijkens art. 38 *b* dierzelfde Wet behoeft de volmagt juist niet in minuut te worden opgemaakt.

103. Dat de volmagt bij authentieke akte verleend zij, is noodig om de schenking door aanneming volkomen te maken. Is zij alzoo bij onderhandsche akte gegeven, zoo wordt de aanneming als niet geschied beschouwd en heeft geen gevolg. Hetzelfde geldt, waar een derde, zonder bekomen volmagt, de schenking aannam en zich daarbij sterk maakte voor den begiftigde. Zelfs zal eene enkele goedkeuring dier aanneming door den begiftigde haar niet van kracht doen zijn, zoo zij zelve niet al de vereischten eener aanneming in zich bevatte en gedaan werd op een' tijd, dat de schenker nog bij zijn voornemen is blijven volharden (6).

104. Schenkingen, aan eene getrouwde vrouw gedaan, kunnen, volgens art. 1721 B. W., niet anders worden aangenomen, dan overeenkomstig de bepalingen van den zesden titel van het eerste boek van dit Wetboek, d. i. met den bijstand of na bekomen magtiging van den man, of, zoo deze die weigert, met magtiging van de arrondissements-regtbank. Ten aanzien van schenkingen, die de wet, volgens art. 1715 *b*, tusschen echtgenooten veroorlooft, is de vrouw

---

(1) Verg. *Conf. du C. C.*, IV, bl. 253; MALLEVILLE, II, bl. 413; ZACHARIAE, III, § 652, bl. 23 en v. — (2) Dat de notaris, voor wien de akte van schenking, of wel, zoo de aanneming later geschiedt, die van aanneming verleden wordt, geen gemagtigde zijn kan, spreekt van zelf. DURANTON, VIII, n. 426. — (3) DURANTON, VIII, n. 430. — (4) DURANTON, VIII, n. 431. — (5) TOULLIER, V, n. 191. — (6) Verg. TOULLIER, V, n. 192; DURANTON, VIII, n. 425; GRENIER, I, n. 60.

stilzwijgend tot de aanneming gemagtigd, door de gift zelve, die de man haar doet, zonder dat daartoe afzonderlijk van bijstand of magtiging behoeft te blijken (1).

105. Verschillend wordt er gedacht over de vraag, welk gevolg eene aanneming hebben zal, door de vrouw op zich zelve, zonder bijstand of magtiging, gedaan. Dat zij zelve, haar man of hunne erfgenamen daardoor niet verbonden zijn, is niet twijfelachtig; maar terwijl de een ook den schenker daardoor niet verbonden acht (2), is een ander van meening, dat deze zich op de onbekwaamheid der vrouw niet kan beroepen (3). Het eerste gevoelen, reeds vroeger door ons aangenomen (4), komt mij nog voor het ware te zijn. Voor het tegenovergestelde kan men zich voorzeker beroepen op art. 171 en 1367 B. W., volgens welke de nietigheid der handeling, gegrond op het ontbreken der magtiging, alleen door de vrouw, den man of hunne erfgenamen kan worden ingeroepen, en de personen, die bekwaam zijn om zich te verbinden, zich niet kunnen beroepen op de onbekwaamheid der getrouwde vrouwen, met welke zij gehandeld hebben. Maar deze bepalingen, die in het algemeen gelden, gelden daarom niet onbepaald ook ten aanzien van bepaalde onderwerpen, wanneer er afdoende redenen bestaan om het daarvoor te houden, dat de wetgever haar daarop niet heeft willen toepassen. Wij hebben vroeger aangemerkt, dat geene schenking voor den schenker verbindende is, vóórdat zij in uitdrukkelijke bewoordingen is aangenomen, en dat schenkingen, aan eene getrouwde vrouw gedaan, volgens art. 1721 niet anders kunnen worden aangenomen dan op de daar bedoelde wijze; en wij hebben daaruit afgeleid, dat er óf aanneming met magtiging óf geene voldoende aanneming moet hebben plaats gehad. Maar al wil men ook deze gevolgtrekking uit de woorden van art. 1721 op zich zelve als geen voldoenden grond beschouwen, er is meer. Vooreerst heeft de wetgever zich niet vergenoegd met eenvoudig de schenking eene overeenkomst te noemen, waaruit reeds zou volgen, dat de overeenstemmende wil van beide partijen tot haar bestaan noodzakelijk is, maar drukt hij bepaldelijk op het onmisbare der aanneming in uitdrukkelijke bewoordingen en in bepaalden vorm, zonder welke de schenking voor den schenker niet verbindende is; en reeds dit komt mij voor, de toepasselijkheid van zoodanige algemeene voor-

---

(1) Verg. hierboven I, n. 713; TOULLIER, V, n. 203; ZACHARIAE, III, § 652, bl. 21. — (2) GRENIER, I, n. 61; ZACHARIAE, III, § 652, bl. 22 en v., en n. 9. — (3) TOULLIER, II, n. 661; V, n. 193; DURANTON, II, n. 511; VIII, n. 435; DEMOLOMBE, IV, n. 348; SCHÜLLER, op art. 1722 B. W.; NIENHUIS, *Voorl.*, I, bl. 396 en v., 400, n. 3; C. G. LUZAC, *Quaest. jur. inaug.* (Leiden 1846), Quaest. 2, bl. 38—53; DAV. H. L(EVYSSOHN), in *Themis*, VIII, bl. 626; A. A. DE PINTO, in *Themis*, 2, I, bl. 437 en v. — (4) Zie hierboven I, n. 744.

schriften op dit bijzonder onderwerp voor het minst twijfelachtig te maken. Maar bepaaldelijk meen ik die toepasselijkheid te mogen ontkennen, wanneer ik bedenk, dat het voorschrift van art. 1721 niet noodig was om te bepalen, dat de vrouw zonder bijstand of magtiging niet geldig eene schenking kan aannemen, daar dit voldoende is beslist in art. 163 *a* en 1366, 3º B. W.; dat het evenmin noodig was om te bepalen, dat de aanneming overeenkomstig de bepalingen van den zesden titel moet geschieden, omdat dit evenzeer zonder zoodanige verwijzing uit het bestaan van dien zesden titel zelf bleek, en dat er dus eene andere reden moet zijn, waarom art. 1721 in de wet is opgenomen. En wat ligt dan eerder voor de hand, dan aan te nemen, dat de wetgever hier nader heeft willen bepalen, welke aanneming hij bedoelde, toen hij in art. 1720 zeide, dat zonder haar de schenking voor den schenker niet verbindende is, dat hij, even als hij in art. 1720 *a* zelf aanwees, onder welke voorwaarden de aanneming door een' gevolmagtigde kan geschieden, zoo ook hier bepaalde, hoe zij door of voor eene getrouwde vrouw kan geschieden. En is dit zoo, dan is hier geen sprake van bevoegdheid van getrouwde vrouwen in het algemeen, dan komt hier geen art. 171 of 1367 B. W. te pas, maar moeten wij ons in dezen enkel bepalen tot de voorschriften van dezen titel en geene schenking voor den schenker verbindende achten zonder aanneming, d. i., wat getrouwde vrouwen betreft, zonder aanneming overeenkomstig art. 1721. — Wij hebben ons hier niet bediend van de gronden, door anderen voor onze meening aangevoerd, maar die ons minder afdoende voorkwamen; het door ons aangevoerde schijnt die meening genoegzaam te staven.

106. Dat de vrouw eene schenking niet kan aannemen zonder bijstand of magtiging van den man of van de regtbank, kan eene vertraging der aanneming veroorzaken, waardoor ook zij behoefte kan hebben aan de bepaling, in art. 1722 *c* B. W. ten gunste der daar bedoelde personen gemaakt, of anders schade kan lijden, zoo de schenker inmiddels overleed. Daar echter zoodanige bepaling voor de getrouwde vrouw niet is gemaakt, maak ik zwarigheid, om art. 1722 *c*, met SCHÜLLER en VERNEDE, ook op de vrouw toe te passen (1). Die bepaling, aan den C. N. ontbrekende, werd door onzen wetgever vastgesteld ten gevolge eener gevoelde behoefte. Maar al kon er ook geene enkele reden worden aangevoerd, om in die behoefte ten voordeele van minderjarigen en onder curatele gestelden te voorzien en niet ten voordeele van getrouwde vrouwen, en al moest het dus enkel aan eene minder gelukkige plaatsing en redactie dier bepaling en niet aan eene opzettelijke bedoeling des wetgevers worden toegeschre-

(1) SCHÜLLER, op art. 1722; VERNEDE, op art. 1721 B. W.

ven, dat zij niet al de genoemde personen evenzeer omvat, toch geloof ik, dat men in dergelijke overwegingen geen genoegzamen grond zal vinden om eene bepaling, afwijkende van de algemeene beginselen en voor een bepaald geval geschreven, op andere, hoezeer dan gelijksoortige, gevallen toe te passen. Daar komt nog bij, dat art. 1722 *c* van de magtiging der regtbank spreekt, die voor de getrouwde vrouw eerst te pas komt, zoo de man de aanneming of zijne magtiging weigert; dat deze tot zijne aanneming of magtiging de medewerking der regtbank niet behoeft en de daaruit ontstaande vertraging dus in den regel hier niet zal te pas komen; dat men echter, wanneer men ook de vrouw het genot van die bepaling wilde toekennen, deze ook zou moeten toepassen op de latere magtiging van den man, terwijl hierdoor, bij gemis van eenige tijdsbepaling, de zaak gewis al te lang in onzekerheid zou kunnen blijven. Het een en het ander komt mij voor, hier eene analogische toepassing uit te sluiten.

107. Ten aanzien der minderjarigen onderscheidt art. 1722 B. W. teregt, of zij al dan niet onder de vaderlijke magt staan. In het eerste geval — en dus niet slechts staande het huwelijk, maar gedurende het leven der beide ouders (1), al is ook het huwelijk ontbonden op eenige andere wijze dan door den dood van een' der echtgenooten, die alleen de vaderlijke magt voor de voogdij plaats doet maken — kan, volgens art. 1722 *a* B. W., de schenking door den vader worden aangenomen. Dit *kan* beduidt niet, dat de aanneming door den vader, doch ook door een' ander kan geschieden, maar laat de aanneming geheel aan zijn oordeel over, en heeft misschien wel mede de strekking om te kennen te geven, dat hij daartoe geene regterlijke magtiging behoeft, als waarvan in het tweede lid gesproken wordt (2).

108. De wet spreekt alleen van den vader, en draagt blijkbaar hem de aanneming daarom op, omdat hij de vaderlijke magt uitoefent. Bij de beraadslagingen werd aangemerkt, dat zeker bij vergissing geene melding was gemaakt van de moeder, ofschoon de memorie van toelichting ook haar, nevens den vader en den voogd, had genoemd (3). De Regering beschouwde dit als eene dwaling, en stelde het voor, alsof men van de moeder slechts gesproken had in de veronderstelling, dat zij voogdesse was; maar dan was hare afzonderlijke vermelding overbodig geweest; ik geloof daarom, dat de dwaling hier

(1) VOORDUIN, V, bl. 344 en v.; DE PINTO, II, § 939, bl. 460; 3e uitg. § 999, bl. 571; SCHÜLLER, op art. 1722 B. W. Verg. hierboven II, n. 475, 499. — (2) Verg. TOULLIER, V, n. 197; DURANTON, VIII, n. 441; GRENIER, n. 158; ZACHARIAE, III, n. 652, bl. 21 en v. — (3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 344 en v.

aan de zijde der Regering was. Maar hoe dit zij, ook zonder dat de wet de moeder heeft genoemd, zal ook zij soms tot de aanneming geregtigd zijn. Is deze toch den vader opgedragen, omdat hij de vaderlijke magt uitoefent, dan zal hier ook de bepaling van art. 355 *b* B. W. moeten gelden, volgens welke de vader, zoo hij daartoe buiten de mogelijkheid is, daarin door de moeder wordt vervangen. De aanneming der schenking voor een minderjarig kind is toch geheel eene daad van de vaderlijke magt, en zij zou anders, zoo de vader daartoe niet in staat is, geheel onmogelijk zijn. Art. 1722 *a* geeft dan ook geene magt, die niet reeds van elders bestond, het ontneemt dus ook geene elders gegevene magt; het wijst slechts aan, wat de wet als geldige aanneming beschouwd wil hebben, maar men zou zich te zeer aan de letter binden, wanneer men aan die bepaling eene beperkende strekking geven wilde, die door den wetgever niet bedoeld kan zijn.

109. Schenking, aan onder voogdij staande minderjarigen gedaan, wordt volgens art. 1722 *b* B. W. door den voogd, daartoe door de arrondissements-regtbank gemagtigd, aangenomen. Dit ziet zoowel op iederen anderen voogd, als ook op den vader en de moeder (1), nadat het huwelijk door den dood van een van beiden is ontbonden. Deze laatsten hebben ook evenzeer eene regterlijke magtiging noodig; de bij de beraadslagingen uitgedrukte wensch, dat men hen daarvan zou vrijstellen (2), is zonder gevolg gebleven, en art. 1722 *b* spreekt te dien aanzien algemeen, even als ook art. 460 B. W. in het algemeen regterlijk verlof vordert tot het aannemen eener gift. De meer stellige uitdrukking: „wordt aangenomen" zal wel geene bijzondere beteekenis hebbben.

110. Wanneer de aanneming met zoodanige magtiging heeft plaats gehad, heeft de schenking, volgens art. 460 B. W., ten aanzien van den minderjarige dezelfde gevolgen, als ten opzigte van een' meerderjarig persoon. Hetzelfde volgt ook uit art. 1484 B. W. Zonder zoodanige magtiging heeft de aanneming voor den minderjarige geene verbindende kracht, maar heeft zij het evenmin voor den schenker. De gronden hiervoor aangevoerd (n. 105), toen wij spraken van de schenking aan eene getrouwde vrouw, zijn ook hier van toepassing (3).

111. De noodzakelijkheid der magtiging van de arrondissements-

---

(1) De Pinto, II, § 939, bl. 460; 3e uitg. § 999, bl. 571, en Schüller, op art. 1722, spreken alleen voor dit geval van de moeder. — (2) Voorduin, V, bl. 345. — (3) Verg. hierboven II, n. 921; Duranton, VIII, n. 446, (ofschoon hij n. 437 den schenker gebonden acht door eene aanneming door den minderjarige zelven); Zachariae, III, § 652, bl. 22, n. 9; Grenier, n. 61. Anders Toullier, V, n. 194; Schüller, op art. 1722 B. W.

regtbank maakt de onmiddellijke aanneming der schenking onmogelijk, maar nu zou zij dan ook in 't nadeel van den minderjarige kunnen werken, daar tusschen de schenking en de aanneming ligt iets kon voorvallen, waardoor deze laatste geheel onmogelijk werd gemaakt. Bij de beraadslagingen werd dit opgemerkt, en de opschorting der aanneming tot na bekomene magtiging gevaarlijk geacht, daar inmiddels door het sterven van den begiftigde de schenking zou kunnen vervallen. De Regering deelde wel niet in die vrees, en beweerde, dat, zoo de schenker van zijne zijde eene akte van schenking heeft uitgebragt en de voogd de vereischte autorisatie van den regter heeft gevraagd, de schenking alsdan niet vervalt, maar aan de erfgenamen van den begiftigde komt, indien de minderjarige inmiddels komt te overlijden; maar deze oplossing werd onvoldoende geacht, vermits daardoor een mede bestaand bezwaar niet werd weggenomen, dat namelijk de schenker zou kunnen sterven vóórdat de magtiging tot aanneming heeft verleend, als wanneer de schenking, volgens art. 1720, geen gevolg zou hebben. De Regering erkende dit bezwaar, en zoo kwam art. 1722 *c* B. W. tot stand, volgens hetwelk de schenking, indien de regtbank de magtiging verleent, van kracht blijft, al mogt de schenker vóór het verleenen der magtiging zijn overleden (1). De aanneming wordt dan dus door den dood des schenkers niet uitgesloten, en geacht bij zijn leven te hebben plaats gehad.

112. Met die bepaling is echter slechts ten deele in het bezwaar, dat men gevoelde, voorzien. Wij hebben toch vroeger opgemerkt, dat eene schenking even weinig na den dood des begiftigden als na dien des schenkers kan worden aangenomen (2). Het is dus vreemd, dat de Regering de gemaakte bedenking oploste met eene zoo onhoudbare stelling, en nog vreemder, dat de afdeeling, die de bedenking had gemaakt, met die oplossing voor zoo ver genoegen nam. Intusschen kan eene onjuiste stelling der Regering niet tot regt maken, wat op zich zelf geen regt is, en kan mijns bedunkens uit art. 1722 *c* met geen' grond worden afgeleid, dat ook het overlijden van den begiftigde, vóórdat de magtiging verleend is, de geldigheid der schenking niet belet. Die bepaling toch moge als een regel beschouwd kunnen worden ten aanzien van aan minderjarigen gedane schenkingen, gelijk in het algemeen elke uitzondering regel is voor de gevallen, waarvoor zij is gemaakt, — dit belet niet, dat zij tevens eene uitzondering is op den algemeenen regel van art. 1720 *b*, en dat zij dus, als contra juris rationem introducta, geene analogische toepassing

(1) Voorduin, V, bl. 345 en v.; Asser, § 811; Schüller, op art. 1722 B. W. — (2) Zie hierboven n. 7.

toelaat, vooral niet op een geval, dat de wetgever, al was het dan ook door dwaling en omdat hij het verkeerdelijk als overbodig beschouwde, zeer zeker niet onder die bepaling dacht te begrijpen; terwijl voorts in het algemeen vaststaat, dat de schenking eerst door de aanneming voldongen wordt (1).

113. Op gelijke wijze waarborgt art. 1722 *c* den begiftigde even weinig tegen eene herroeping of intrekking van het aanbod door den schenker. Deze behoudt daartoe de bevoegdheid totdat de schenking is aangenomen, en het is teregt door WEVE opgemerkt, dat art. 1722 *c* hierop geene uitzondering maakt, maar alleen, voor het daar bedoeld geval, op den regel, dat de aanneming gedurende het leven van den schenker moet plaats hebben. Nu zal zeer zeker de bepaling, die men in art. 1722 *b* in het belang der minderjarigen wilde maken, tot hun nadeel kunnen uitloopen; maar dit kan geen regt geven, om de wet iets anders te doen zeggen, dan zij zegt; dat gevaar heeft wel aanleiding gegeven tot de bepaling van art. 1722 *c*, maar geeft daarom geen regt om die bepaling als in alle gevallen voorziende te beschouwen, terwijl haar inhoud ook zonder uitdrukkelijke bepaling in de wet niet als regt zou hebben mogen worden aangenomen (2).

114. Wij merken in het algemeen nog aan, dat art. 1722 *c* alleen voorziet in het gevaar, dat uit de vereischte magtiging der regtbank zou kunnen voortspruiten. Wanneer de minderjarige meerderjarig geworden is, komt die magtiging niet meer te pas. De gewezen minderjarige kan dan zelf de schenking aannemen, zoo de schenker nog leeft en zijn aanbod niet heeft herroepen; maar na het overlijden van den schenker of na diens herroeping kan hij het niet, en zijne vroegere minderjarigheid komt hem daartegen niet te hulp; terwijl het daarbij even weinig ter zake doet, of de voogd al dan niet magtiging tot de aanneming heeft gevraagd (3).

115. Volgens art. 935 C. N. kunnen ook verdere bloedverwanten in de opgaande linie, zelfs bij het leven van den vader en de moeder, eene schenking voor den minderjarige aannemen, al zijn zij ook geen voogden. Hiervan is onze wetgever afgeweken, en heeft, volgens de memorie van toelichting, vermeend, „dat de vader, de moeder of de voogd de eenige wettige beoordeelaars behooren te zijn, of het aannemen of verwerpen eener gift al of niet met de belangen van den minderjarige strookt; en dat het hoogst onbetamelijk en tegen alle beginselen strijdig zoude zijn, om aan anderen, buiten de ouders

---

(1) Verg. hierboven II, n. 919; mr. F. A. T. WEVE, in *Themis*, X, bl. 495. Anders mr. P. R. VAN DEN BERG, *Proeve over het beheer van den voogd* enz. (Utrecht 1849), bl. 156. — (2) Verg. WEVE, t. a. p., bl. 495 en v. Anders V. D. BERG, t. a. p., bl. 156 en v. — (3) Wij achten hiermede beantwoord de vragen, voorgesteld in *R. en W.*, II, bl. 475 en v.

en den voogd, eene magt toe te kennen, waardoor zij welligt den onmondige zouden kunnen benadeelen" (1). Zij zouden daardoor althans ook ingrijpen in het bestuur dier ouders of voogden, aan dezen als wettige vertegenwoordigers van den minderjarige opgedragen; en zoo men al het geval kan veronderstellen, dat de vader of de moeder van den minderjarige uit eigenbelang, b. v. doordien hij de vermoedelijke erfgenaam van den schenker is, de aanneming zou weigeren, mag men evenzeer vreezen, dat verdere adscendenten, welligt uit zwakheid, eene schenking zullen kunnen aannemen, die inderdaad min wenschelijk is voor den minderjarige. Wat voorts den voogd betreft, deze zou zeer zeker zich zelven verantwoordelijk stellen, zoo hij opzettelijk ten nadeele des minderjarigen de aanneming weigerde (2).

116.* LIPMAN merkt aan, dat die bepaling van art. 935 C. N., ten aanzien der moeder en grootouders, „ongetwijfeld was vastgesteld, opdat, wanneer de ouders gezamentlijk of alleen de vader den minderjarige bij hun leven wilde begiftigen, er iemand zoude zijn, die bevoegd was deze gift in zijnen naam te aanvaarden" (3). Het schijnt intusschen veelmeer zeker, dat de redactie der wet tot deze opvatting geene aanleiding geeft, en dat de geschiedenis der beraadslagingen haar ten eenen male uitsluit, daar geen der sprekers, zoo ver mij bekend is, op dien grond de bepaling heeft verdedigd tegen de bedenkingen, die ook toen reeds daartegen werden geopperd. Wat nu het geval zelf betreft, hetwelk LIPMAN bedoelt en 'twelk zeer zeker hoogst zeldzaam zal voorkomen, daarin is genoegzaam voorzien door art. 365 B. W., en moet er dus door de arrondissements-regtbank een bijzondere curator benoemd worden om den minderjarige te vertegenwoordigen, wegens het tegenstrijdig belang, dat er tusschen den vader als schenker en het kind als begiftigde bestaat, en de daaruit ontstane onmogelijkheid voor den vader om in dezen voor het kind te handelen (4). Om dezelfde redenen moet, wanneer de voogd wil schenken aan zijnen minderjarige, de aanneming geschieden door den toezienden voogd, die volgens art. 427 B. W. de belangen des minderjarigen waarneemt, wanneer ze met die van den voogd in tweestrijd zijn (5). Waar geen toeziende voogd aanwezig is, zal de voogd* een' moeten doen benoemen. Het verzuim hiervan zal echter bezwaarlijk geacht kunnen worden aanleiding te geven tot schadevergoeding door den voogd, al was het ook alleen, omdat deze, door dat

(1) VOORDUIN, V, bl. 344; ASSER, § 811; DE PINTO, II, § 939, bl. 460; 3e uitg. § 999, bl. 571. Verg. *Conf. du C. C.*, IV, bl. 254 en v.; MALLEVILLE, II, bl. 414 en v.; DURANTON, VIII, n. 439. — (2) Verg. hierboven II, n. 921; TOULLIER, V, n. 201. — (3) LIPMAN, bl. 511. — (4) Verg. hierboven II, n. 504; *R. B.*, III, bl. 376 en v., waar de door G. geopperde bedenkingen door V. HALL worden opgelost. — (5) DURANTON, VIII, n. 443, GRENIER, n. 65 en v.; TOULLIER, V, n. 202; ZACHARIAE, III, § 652, bl. 22.

verzuim de aanneming onmogelijk makende, genoegzaam toont, dat de schenking hem geen ernst was, en hij dus in dat geval haar ieder oogenblik kon herroepen (1).

117. Art. 1716 B. W. laat ook schenkingen toe aan een kind, waarvan de moeder zwanger, en dat dus nog niet geboren is. De aanneming behoort, zoo de man der vrouw overleden is, en zoo ook wanneer er geen man is, door den curator te geschieden, wiens benoeming in dat geval door art. 403 B. W. wordt voorgeschreven. Bij het leven van den man zal deze als vader moeten aannemen, even als in het geval van art. 1722 *a* B. W. (2).

118. Wanneer eene schenking geschiedt aan een natuurlijk kind (3), dan geschiedt de aanneming, overeenkomstig art. 1722 *b*, door den voogd, hetzij deze, volgens art. 408 *a* B. W., de vader of de moeder zij, hetzij er een voogd door den kantonregter zij benoemd, wegens de minderjarigheid van den vader en de moeder, of omdat het kind door geen van beide is erkend.

119. Schenking aan onder curatele gestelden wordt, volgens art. 1722 *b*, aangenomen door den curator, daartoe door de regtbank gemagtigd. Het is daarbij natuurlijk geheel onverschillig, uit welken hoofde de curatele is uitgesproken (4). Voor de aanneming door den curator geldt voorts alles, wat wij omtrent die door den voogd hebben aangemerkt.

120. Schenkingen, aan zedelijke ligchamen gedaan, worden aangenomen door de bestuurders, die daartoe in het algemeen geene magtiging behoeven (5).

121. Ten aanzien van den vorm, waarin schenking en aanneming behooren te geschieden, moet men onderscheiden tusschen giften van hand tot hand van roerende ligchamelijke voorwerpen of van schuldvorderingen aan toonder en alle andere schenkingen. Ten aanzien der eerstgenoemde behelst art. 1724 B. W. eene bepaling, die wel is waar in den C. N. niet gevonden wordt, maar die zoodanig in den aard der zaak gegrond is, dat hetzelfde, niettegenstaande het stilzwijgen der wet, ook door de schrijvers over het Fransche regt, als noodzakelijk wordt aangenomen (6), maar die ter wegneming van dubbelzinnigheid teregt in ons B. W. is opgenomen (7).

122. Art. 1724 B. W. spreekt met-name van giften van roerende

---

(1) Verg. TOULLIER, t. a. p.; GRENIER, n. 66. Anders ZACHARIAE, t. a. p. — (2) GRENIER, n. 69. — (3) TOULLIER, V, n. 199; DURANTON, VIII, n. 440. — (4) VOORDUIN, V, bl. 343, n. II. — (5) Verg. hierboven VII, n. 1020. — (6) MALLEVILLE, op art. 931 C. N., II, bl. 411 en v.; TOULLIER, V, n. 172, 177 en v.; DURANTON, VIII, n. 388; GRENIER, I, n. 176; ZACHARIAE, III, § 659, bl. 30 en n. 9; DABELOW, II, § 814, bl. 188; V. SAVIGNY, IV, bl. 290. — (7) VOORDUIN, V, bl. 328, n. XII; ASSER, § 813; DE PINTO, II, § 937, bl. 460; 3e uitg. § 997, bl. 570 en v.; LIPMAN, bl. 511.

ligchamelijke voorwerpen en van schuldvorderingen aan toonder; en daar te dien aanzien eene bijzondere wijze van schenking is toegelaten, die in art. 1719 B. W. ook wordt voorgesteld als eene uitzondering op de als algemeene regel daar voorgeschreven wijze, spreekt het van zelf, dat art. 1724 voor geene uitbreiding vatbaar is en slechts kan worden toegepast op hetgeen onder het daar genoemde begrepen is. Dat hier bepaaldelijk van schuldvorderingen aan toonder gesproken is, staat in verband met de bepaling van art. 668 *c* B. W., volgens welke deze, even als roerende ligchamelijke zaken, door enkele overgave geleverd worden, in tegenstelling der schuldvorderingen, die niet aan toonder luiden, tot wier levering volgens art. 668 *a* eene akte vereischt wordt. Op de laatstgenoemde schuldvorderingen is dus ook art. 1724 niet toepasselijk (1).

123. De vraag heeft zich voorgedaan, of effecten, certificaten der nationale werkelijke schuld, vatbaar zijn voor de in art. 1724 bedoelde wijze van schenking. In een uitvoerig opstel is die vraag ontkennend beantwoord, op grond dat die effecten noch zijn roerende ligchamelijke voorwerpen, noch ook schuldvorderingen (2). Al geeft men echter toe, dat effecten in den eigenlijken zin geene schuldvorderingen zijn (3), — iets, wat wij hier niet zullen onderzoeken, — dan is daarmede mijns bedunkens de vraag nog niet beslist, maar moet het er bovenal op aankomen, of de wetgever geacht moet worden, ze mede daaronder begrepen te hebben. En dan komt het mij voor, dat, al zijn ze ook geene schuldvorderingen aan toonder, ze echter daarmede en even als deze ook met roerende ligchamelijke voorwerpen, bepaaldelijk ten aanzien der wijze en gemakkelijkheid van overdragt, zoo geheel gelijk staan, en ook door den wetgever zelven in art. 668 *c* B. W. op ééne lijn zijn gesteld, dat die vraag niet wel anders dan bevestigend kan beantwoord worden (4). Wij nemen dit met te meer vertrouwen aan, omdat het blijkt, dat de wetgever bij de bepaling van art. 1724 juist aan de voorschriften omtrent eigendomsoverdragt heeft gedacht; gelijk trouwens ook het verband tusschen het een en het ander een grond was van het reeds vermeld algemeen gevoelen der Fransche regtsgeleerden. De heer BARTHÉLÉMY toch sprak in dezer voege: „la tradition est une forme essentielle pour faire passer la propriété des biens donnés. Mais l'acte devant notaire n'est pas requis quand il s'agit d'objets mobiliers corporels ou d'effets (men lette op de algemeene beteekenis van het hier

---

(1) TOULLIER, V, n. 179; DURANTON, VIII, n. 396; GRENIER, I, n. 179; ZACHARIAE, III, § 669, bl. 31 en n. 17. — (2) *Regtsg. Adv.*, I, bl. 98—110. — (3) Volgens Amsterdam 8 Junij 1847, *W.* 859, zijn ze schuldvorderingen aan toonder. – (4) Verg. Amsterdam 16 April 1857, *N. R. B.*, VII, bl. 413 en v.

gebezigd woord) au porteur. *C'est pourquoi* l'art. 22 (nu 1724) consacre la jurisprudence, qui s'est naturellement établie à ce sujet" enz. (1).

124. Schenkingen van zoodanige zaken vereischen, volgens art. 1724, geene akte en zijn van kracht door de enkele overlevering (2) aan den begiftigde of aan een' derde, die het gegevene voor hem aanneemt. Daarmede geschiedt de overdragt van den eigendom, zonder dat van de schenking eenig ander blijk behoeft voorhanden te zijn. Het spreekt van zelf, dat de aanneming, waarvan de wet slechts ten aanzien van den derde gewag maakt, evenzeer bij den begiftigde zelven verondersteld wordt; zij maakt trouwens ook één geheel uit met de overgave aan hem, die zonder gelijktijdige aanneming door hem niet kan bestaan. Dezelfde gelijktijdigheid moet ook bestaan bij de overgifte en de aanneming door den derde; waaronder men hier wegens de bepaling van art. 1351 B. W. bepaaldelijk een' lasthebber schijnt te moeten verstaan, die dus ook slechts bij het leven van den begiftigde daartoe bevoegd kan zijn (3).

125. Zoodanige schenking door gelijktijdige overgifte en aanneming wordt eigenaardig eene gift van hand tot hand, in art. 1715 *b* B. W. eene handgift, genoemd. Deze is eene schenking, en alle bepalingen, omtrent schenking in het algemeen gemaakt, zijn ook daarop van toepassing (4). Het eenige, waarin zij van de andere afwijkt, is de vorm, waarin deze schenking geldig plaats kan hebben. En ook deze vorm is niet in het algemeen voor de schenking der genoemde voorwerpen voorgeschreven; hij is alleen toegelaten en als geldig beschouwd, wanneer die voorwerpen werkelijk bij wijze van gift van hand tot hand worden geschonken. De wet sluit daardoor eene schenking bij notariële akte niet uit, maar zegt, dat giften van hand tot hand geene akte vereischen. Tot eene schenking dierzelfde voorwerpen, anders dan bij giften van hand tot hand, is dan ook de in art. 1719 en v. B. W. voorgeschreven vorm noodzakelijk; zij kan slechts bij notariële akte plaats hebben (5). Dit geldt ook dan, wanneer de begiftigde reeds uit anderen hoofde de voorwerpen, welke hem geschonken zullen worden, onder zich heeft. Wat er naar het Fransche regt ook gezegd mag kunnen worden voor de meening van ZACHARIAE, dat in zoodanig geval de enkele verklaring van den schenker, dat hij die voorwerpen wil schenken, zonder eenigen bijzonderen

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 328, n. XII. – (2) V. ASSEN, in *Themis*, XII, bl. 138 en v., wenscht hiervoor het woord *levering*. Zou *overgave* niet de voorkeur verdienen? — (3) Verg. ZACHARIAE, III, § 659, bl. 30 en n. 13 en v. — (4) GRENIER, I, n. 176; TOULLIER, V, bl. 178; DURANTON, VIII, n. 393 en v.; ZACHARIAE, III, § 659, bl. 30, n. 13. – (5) TOULLIER, V, n. 180.

vorm, voldoende is (1), naar onze wet, die uitdrukkelijk voor giften van hand tot hand, maar dan ook alleen voor deze, eene uitzondering maakt op den algemeenen regel, acht ik haar geheel onaannemelijk.

126. Die algemeene regel is, volgens art. 1719 B. W., dat geene schenking anders gedaan kan worden dan bij eene notariële akte, waarvan de minuut onder den notaris is verbleven (2). Volgens art. 2373 Ontwerp van 1820 zouden in het algemeen schenkingen gedaan kunnen worden op allerlei wijze, waarop overeenkomsten aangegaan worden, en werd slechts voor schenkingen van onroerende goederen eene „schriftelijke akte" gevorderd, zoodat ook daarvoor eene onderhandsche akte even voldoende was als eene notariële. Later werd, op een voorgesteld vraagpunt van stellig regt, beslist, dat in elk geval eene authentieke akte zou gevorderd worden (3). De reden, waarom men dit aldus wilde, is niet vermeld, maar moet waarschijnlijk minder gezocht worden in de bedoeling om meer zekerheid te hebben omtrent het feit der schenking, en alle twisten daarover en de ontkentenis van den schenker voor te komen (4), dan wel daarin, dat men door dien vorm, wel niet in het algemeen de schenkingen moeijelijk heeft willen maken, maar toch heeft willen bewerken, dat daarbij niet te veel aan den ligt zeer veranderlijken wil van het oogenblik werd toegegeven, wat vooral gevaarlijk kon zijn, waar de schenking niet terstond wordt ten uitvoer gelegd, doch dat ze als het gevolg van een wèl overlegd besluit beschouwd mogen worden (5).

127. De wet heeft dien vorm voorgeschreven op straffe van nietigheid. Die nietigheid is volstrekt en kan door ieder, die daarbij belang heeft, worden ingeroepen, met name ook door den schenker. Zij kan door niets gedekt worden, ook niet door eene latere akte van erkentenis van den schenker; al was die ook eene notariële akte, zij zou niet baten, zoo de schenking zelve daarbij niet op nieuw geschiedde. Geene registratie ook of overschrijving in de registers kan aan eene onderhandsche akte gelijke waarde geven. De wet heeft dit zelve uitdrukkelijk bepaald in art. 1930 B. W. De schenking, niet

---

(1) ZACHARIAE, III, § 659, bl. 30. — (2) Dit neemt intusschen niet weg, dat eene schenking, ook van in Nederland gelegen onroerend goed in een vreemd land aangegaan, geldig is, wanneer daarbij de vorm in acht is genomen, die daar voor schenkingen is voorgeschreven, ook volgens art. 10 Alg. Bep. Verg. *Regtsg. Adv.*, V, bl. 130—136; Gelderland 6 Mei 1856, *N. R. B.*, VI, bl. 581 en v., 588 en v. Anders Zutphen 15 Febr. 1855, ald. bl. 583 en v., *W.* 1765. — (3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 339 en v. — (4) DE PINTO, II, § 935, bl. 458 en v.; 3e uitg. § 995, bl. 569 en v.; SCHÜLLER, op art. 1719 B. W.; LIPMAN, bl. 511. — (5) Verg. TOULLIER, V, n. 168, 170; DURANTON, VIII, n. 381 en v.; mr. J. J. L. VAN DER BRUGGHEN, in *Bijdr. t. R. en W.*, XII, bl. 79 en v.

bij notariële akte gedaan, wordt als niet gedaan beschouwd, en hij, die beweert begiftigd te zijn, kan dan ook over haar bestaan den schenker geen' eed opdragen, noch haar door eenig ander middel bewijzen (1).

128. De akte moet bepaaldelijk in minuut worden opgemaakt; eene akte in brevet opgesteld, waarvan het origineel wordt afgegeven aan de partijen, is niet voldoende geacht (2). Art. 1719 vordert, en wel ook op straffe van nietigheid, dat de minuut onder den notaris zij verbleven. Met opzet heeft voorts de wetgever deze woorden gebezigd, terwijl art. 1726 Wetb. van 1830 zeide, dat eene minuut der akte onder den notaris moet blijven berusten; uit vrees dat, volgens deze laatste uitdrukking, de schenking door het verlies van de minuut bij den notaris nietig zou kunnen worden, en dat verlies alzoo ten onregte den begiftigde nadeel zou veroorzaken (3).

129. De akte van schenking moet natuurlijk aanduiden, wat geschonken is. Te dien aanzien bepaalt art. 948 C. N., dat eene akte van schenking van roerende goederen alleen van waarde zal zijn ten aanzien van die goederen, waarvan een staat van begrooting (état estimatif), door den schenker en den begiftigde of door hen, die voor dezen aannemen, geteekend, aan de minuut der akte van schenking is vastgehecht (4). Ons Wetboek heeft deze bepaling niet, en toen in der tijd naar de reden harer weglating gevraagd werd, gaf de Regering ten antwoord, dat zij dat artikel als overbodig had beschouwd, omdat het van zelf spreekt, dat geene gift kan bestaan, tenzij het voorwerp der gift is uitgedrukt en omschreven (5). Ik geloof echter, dat de Regering zich hierin heeft vergist, en eene bepaling heeft weggelaten, die op zich zelve zeer doelmatig is en niet had moeten weggelaten worden, waar men zelf door het vorderen eener notariële akte toonde, behoefte aan bijzondere waarborgen te gevoelen. Het moge toch al van zelf spreken, dat het voorwerp der gift in de akte wordt uitgedrukt, de wijze, waarop het wordt uitgedrukt en omschreven, kan daarbij niet onverschillig zijn. Een gevolg der weglating van art. 948 C. N. zal nu zijn, dat het voorwerp der schenking zal kunnen worden aangeduid onder eene algemeene benaming, b. v. van al de roerende goederen, die zich in zeker gebouw of vertrek bevinden. Het is duidelijk, dat zoodanige algemeene uitdrukking ligt aanleiding kan geven tot verkeerde meeningen omtrent

(1) TOULLIER, V, n. 173 en v.; DURANTON, VIII, n. 384; DE PINTO, II, § 935, bl. 459; 3e uitg. § 995, bl. 570; Amsterdam 28 Oct. 1856, met de conclusie van mr. JOLLES, *N. R. B.*, VII, bl. 383 en v. – (2) DE PINTO, II, § 935, bl. 459; 3e uitg. § 995, bl. 570; GRENIER, n. 159. — (3) VOORDUIN, bl. 341. – (4) TOULLIER, V, n. 180 en v.; DURANTON, VIII, n. 404 en v.; GRENIER, n. 169. — (5) VOORDUIN, V, bl. 341 en v.

het eigenlijk onderwerp der schenking, hetzij dan bij den schenker, hetzij bij den begiftigde, en tot geschillen, die door de bepaling van art. 948 C. N. worden voorgekomen, en wier voorkoming alleszins wenschelijk was. Maar hoe dit zij, bij het stilzwijgen der wet zal men bezwaarlijk de geldigheid eener schenking kunnen betwisten, op grond dat haar voorwerp op minder bepaalde wijze is uitgedrukt dan wenschelijk geacht kon worden.

130. De aanneming der schenking moet, volgens art. 1720 *a* B. W., in uitdrukkelijke bewoordingen geschieden, en wel op straffe van nietigheid, daar de schenking anders voor den schenker niet verbindende is. Men heeft ook hierin voor schenkingen een bijzonderen waarborg willen geven. Eene stilzwijgende aanneming, afgeleid uit de tegenwoordigheid van den begiftigde bij het opmaken der akte, en zijne onderteekening dier akte, is dus niet voldoende; zelfs het bezitnemen van het geschonkene kan de plaats eener uitdrukkelijke aanneming niet vervangen (1). Intusschen behoeft niet juist het woord *aannemen* gebezigd te zijn, wanneer maar uit de bewoordingen, die door of ten aanzien van den begiftigde gebezigd zijn, duidelijk blijkt, dat hij de schenking heeft willen aannemen (2).

131. Eene uitzondering op het vereischte der uitdrukkelijke aanneming is ten aanzien van giften, tusschen aanstaande echtgenooten bedongen, en van giften aan aanstaande echtgenooten gedaan, gemaakt in art. 225 en 232 B. W. (3). Eene gelijke uitzondering is beweerd ten aanzien van schenking door middel van kwijtschelding (4); daar echter eene kwijtschelding niet wel gezegd kan worden eene schenking te zijn (5), is zij natuurlijk ook niet onderworpen aan de vormen, voor deze voorgeschreven, en kan men te haren aanzien in dezen minder eene uitzondering aannemen. Evenzeer geloof ik, dat men geene uitzondering moet zien in art. 1353 B. W. (6), waar ook van geene schenking gehandeld wordt (7), noch om dezelfde reden in art. 1815 *b* B. W.

132. Wanneer de aanneming door den begiftigde gelijktijdig met de schenking geschiedt, is ééne akte voldoende om de geheele overeenkomst te constateren. Wij hebben echter reeds vroeger gezien,

---

(1) TOULLIER, V, n. 187 en v. (die echter ten aanzien van het laatste punt van eene andere meening is in n. 189); DURANTON, VIII, n. 414; GRENIER, n. 57 en v.; ZACHARIAE, III, § 658, bl. 28 en n. 1; DE PINTO, II, § 935, bl. 459; 3e uitg. § 995, bl. 570; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1720 B. W. — (2) ZACHARIAE, III, § 658, bl. 29 en n. 2. Verg. TOULLIER, V, n. 188; GRENIER, n. 57 *bis*. — (3) Verg. hierboven I, n. 1035 en v., 1057 en v.; DURANTON, VIII, n. 415 en v. — (4) V. ASSEN, § 394, bl. 431. — (5) Verg. hierboven VI, n. 1008. — (6) Zie v. ASSEN, t. a. p.; GRENIER, n. 74; DURANTON, VIII, n. 417. — (7) Verg. hierboven VI, n. 426.

dat de aanneming niet terstond vereischt wordt, maar ook later kan geschieden, mits de schenker nog in leven zij. In zoodanig geval kan ook ééne akte voldoende zijn, wanneer de schenker met de notariële beschrijving van zijn aanbod wacht totdat het zal worden aangenomen; maar schenking en aanneming kunnen ook bij twee onderscheidene akten plaats hebben. Indien de aanneming niet bij de akte van schenking zelve gedaan is, kan zij, volgens art. 1720 *b* B. W., geschieden bij eene latere authentieke akte, waarvan eene minuut zal worden gehouden. Ofschoon hier van authentieke akte gesproken is, is het echter, ook om het bijgevoegde wegens het houden eener minuut, niet twijfelachtig, dat hier bepaaldelijk eene notariële akte bedoeld is (1), even als die in art. 1719 bij name is gevorderd. Geen wonder dan ook, dat hier dezelfde waarborg als daar vereischt moest worden.

133. De enkele aanneming, hoezeer bij latere notariële akte gedaan, is echter in dat geval nog niet voldoende om de schenking volledig te maken; de aanneming moet ook nog aan den schenker beteekend worden, en de schenking is, volgens art. 1720 *b*, slechts van kracht sedert den dag, waarop de aanneming hem beteekend is (2). Het ligt trouwens ook in den aard der zaak, dat de schenker kennis behoort te dragen van de aanneming zijner schenking (3). En nu is om dezelfde reden, die aanleiding gaf tot het vorderen van notariële akten van schenking en aanneming, ook bepaaldelijk de beteekening der aanneming gevorderd; zoodat de begiftigde niet zal kunnen volstaan met van elders te bewijzen, dat zijne aanneming aan den schenker kenbaar is geworden. Over den vorm dier beteekening is niets bijzonders vastgesteld; ze moet dus, even als andere beteekeningen, bij deurwaarders-akte plaats hebben (4), waarvan afschrift aan den schenker wordt gelaten. En daar de wet slechts de beteekening der aanneming, niet juist der akte van aanneming vordert, is het niet noodig, dat die akte in haar geheel worde medegedeeld, maar is de enkele kennisgeving van de aanneming en van den dag, waarop, en de akte waarin zij heeft plaats gehad, als voldoende te beschouwen.

134. Wij zeiden, dat de aanneming slechts van kracht is door en sedert die beteekening. Art. 1720 *b* B. W. zegt wel is waar, dat zij dan eerst van kracht is *ten opzigte van den schenker*, maar schijnt daardoor slechts te kennen te geven, dat *ook* te zijnen aanzien de schenking niet eerder volkomen is; het kan in allen gevalle niet bedoelen, dat zij ten aanzien van anderen wel vroeger van kracht zal zijn, wat zij toch niet kan wezen, vóórdat zij geheel tot stand is ge-

(1) GRENIER, n. 59; ZACHARIAE, III, § 659, bl. 29, n. 2. — (2) MALLEVILLE, II, bl. 412. — (3) DE PINTO, II, § 935, bl. 460; 3e uitg. § 995, bl. 570. — (4) GRENIER, n. 58; DURANTON, VIII, n. 422.

komen. Zoo zegt art. 1720 *b* ook wel, dat de latere aanneming gedurende het leven van den schenker moet plaats hebben, maar niet, althans niet uitdrukkelijk, dat ook de beteekening slechts bij zijn leven kan geschieden. Maar behalve dat de wet dan toch spreekt van eene beteekening aan den schenker, die natuurlijk slechts bij zijn leven kan plaats hebben, ligt het ook in den aard der zaak, dat eene overeenkomst, die bij zijn leven niet tot stand is gekomen, na zijn' dood niet meer tot stand kan komen, tenzij de wet uitdrukkelijk tusschenbeide was getreden, gelijk zij deed in art. 1722 *c* B. W. En de schenking, die eerst door de beteekening der aanneming aan den schenker ten aanzien van dezen van kracht is, kan jegens zijne erfgenamen geene kracht erlangen, die zij te zijnen opzigte nooit heeft gehad (1).

§ 6.

Gevolgen der schenking.

135. De schenking doet, zoodra zij volkomen is, even als iedere andere overeenkomst, eene verbindtenis ontstaan tusschen den schenker en den begiftigde, waardoor ze verpligt en geregtigd zijn tot datgene, wat zij over en weder beloofd en bedongen hebben. De omvang dier regten en verpligtingen hangt van iedere schenking in 't bijzonder af; maar door elke schenking is de schenker verpligt tot levering van het geschonkene aan den begiftigde, en die verpligting gaat over op zijne erfgenamen; gelijk ook het regt van den begiftigde op diens erfgenamen overgaat.

136. Volgens art. 938 C. N. gaat de eigendom der geschonken voorwerpen door de overeenkomst zelve aan den begiftigde over, zonder dat eenige verdere levering noodig is. Daar onze wetgever in het algemeen een ander stelsel van eigendomsovergang heeft aangenomen, kon hetzelfde bij ons niet gelden. In art. 1723 B. W. is dan ook uitdrukkelijk, en misschien ten overvloede bepaald, dat de eigendom der in de schenking begrepen goederen, zelfs wanneer die schenking behoorlijk is aangenomen, niet door den begiftigde wordt verkregen, dan door middel der overdragt, gedaan overeenkomstig art. 667, 668 en 671 B. W. (2). Eerst door die levering wordt de begiftigde eigenaar, en bekomt hij dat zakelijk regt, 'twelk hij tegen ieder ander kan doen gelden; vóór die levering heeft hij slechts regt van vordering tegen den schenker of diens erfgenamen tot die levering, waartoe de overeenkomst dezen verpligt.

---

(1) Verg. ook DURANTON, VIII, n. 402. Zie voorts hierboven n. 24. — (2) VOORDUIN, V, bl. 328, n. XII, 347; ASSER, § 812.

137. Er is opgemerkt, dat van art. 668 B. W. alleen de beide eerste leden hier in aanmerking zouden komen, en dat het derde slechts van toepassing is op en herhaald wordt in art. 1724 (1). Ik geloof echter, dat die opmerking minder gegrond is. Vooreerst toch ziet art. 1724 enkel op den vorm der schenking en beslist zelf niets omtrent den eigendomsovergang. Maar bovendien behandelt art. 1724, gelijk wij zagen, slechts eene bijzondere wijze van schenking ten aanzien der daar genoemde voorwerpen, zonder te beletten, dat ook deze naar den algemeenen regel geschonken kunnen worden, en geschonken moeten worden, wanneer er geen gift van hand tot hand plaats heeft. Art. 668 *c* komt dus evenzeer als de overige bepalingen ook hier te pas.

138. De verpligting des schenkers tot levering van het geschonkene omvat dat alles, wat in het algemeen in eene verbindtenis om iets te geven begrepen is, maar is ook daartoe bepaald. Bepaaldelijk zegt nog art. 1711 B. W., dat de schenker in geval van uitwinning tot geene vrijwaring is gehouden. „Dat voorschrift," zegt ASSER, „is op de billijkheid gegrond, omdat iemand, die aan een ander een geschenk geeft, moet worden verondersteld het regt te hebben opgedragen, hetwelk hij vermeende te bezitten, zonder echter daarvoor in te staan. De begiftigde heeft het geschonkene voorwerp om niet bekomen, en kan derhalve niet in billijkheid verlangen, dat de schenker hem vrijware voor alle mogelijke uitwinning; deze zoude daardoor het slagtoffer zijner milddadigheid kunnen worden" (2). Hetzelfde werd dan ook onder den C. N. aangenomen, ofschoon deze zoodanige bepaling niet behelst (3). De schenker behoeft dus niet alleen de waarde van het geschonken voorwerp niet te vergoeden, wanneer dat voorwerp zelf wordt uitgewonnen, maar hij is ook tot geene vergoeding verpligt van kosten, aangewend voor de akte van schenking, de levering enz., of wel van uitgaven door den begiftigde ter verfraaijing of verbetering gedaan.

139. De bepaling van art. 1711 B. W., hoe algemeen ook gesteld, laat echter natuurlijk eene uitzondering toe voor het geval, dat de schenker de verpligting tot vrijwaring bij de overeenkomst op zich heeft genomen. Het ligt in den aard der zaak, dat art. 1711 dit niet belet, maar alleen geldt voor zoo ver partijen zelve daarvan niet zijn afgeweken. Maar buiten het geval van zoodanig beding schijnt dan ook de bepaling der wet algemeene toepassing te moeten vinden, en schijnen de uitzonderingen, die de schrijvers over het Fransche

(1) Zie VERNEDE, op art. 1723 B. W. — (2) ASSER, § 807; VOORDUIN, V, bl. 327, n. VII; DE PINTO, II, § 928, bl. 456; 3e uitg. § 988, bl. 667. — (3) TOULLIER, V, n. 207; DURANTON, VIII, n. 525; GRENIER, I, n. 97; ZACHARIAE, III, § 706, bl. 158.

regt op de uitsluiting van vrijwaring maken (1), op onze uitdrukkelijke wetsbepaling af te stuiten.

140. Dit geldt met name van het geval, dat de schenker heeft geschonken, wetende, dat het geschonkene hem niet toebehoorde. Het is mogelijk, dat de begiftigde daarop eene vordering kan gronden tot vernietiging der schenking met vergoeding van kosten, schaden en interessen, ofschoon ook zoodanige vordering niet in het algemeen op de kwade trouw zal kunnen gegrond worden; maar aan eigenlijke vrijwaring is in zoodanig geval gewisselijk niet te denken. Wanneer de schenker na de schenking en aanneming, maar vóór de levering, het goed aan een' derde heeft overgedragen, kan de begiftigde desniettemin de levering van hem vorderen, en zoo hij daartoe niet in staat is, vergoeding van kosten, schaden en interessen, op grond van art. 1272 B. W. Waar de begiftigde bij de schenking ook zijnerzijds lasten op zich had genomen, zal hij de vernietiging der schenking kunnen vorderen (2). Waar de schenking geschiedde ter belooning van bewezen diensten, zal de belooning, zoo daartoe termen zijn, op andere wijze kunnen gevorderd worden. Wanneer alternatief van twee zaken eene, of eene slechts ten aanzien der soort bepaalde zaak geschonken is, wordt de vergoeding in geval van uitwinning van het geleverde door art. 1711 B. W. niet uitgesloten, daar dan alle levering zou ophouden (3).

141. Voor het overige zal het wel in het algemeen niet twijfelachtig zijn, dat de bevoegdheid van den begiftigde om derden tot vrijwaring op te roepen, die hiertoe jegens den schenker verpligt waren, door art. 1711 B. W. niet wordt opgeheven (4). Eveneens heeft de begiftigde, die eene schuld des schenkers betaalde, om de uitwinning te voorkomen van het geschonken goed, dat daarvoor verbonden was, verhaal op den schenker en wordt daarin almede door art. 1711 niet verkort (5).

142. De verpligtingen van den begiftigde zijn die, welke hij, hetzij meer uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend op zich heeft genomen, hetzij jegens den schenker zelven, hetzij overeenkomstig art. 1353 B. W. jegens een' derde. Die verpligtingen ontstaan voor hem met gelijke kracht uit de overeenkomst van schenking, als de verpligtingen des schenkers daaruit voor dezen ontstaan. Hij kan zich dan ook aan geene enkele tegen den wil des schenkers onttrekken, ook niet door teruggave van het geschonkene, omdat hij de overeenkomst niet naar

---

(1) GRENIER, t. a. p.; DURANTON, VIII, n. 527 en v.; ZACHARIAE, t. a. p. — (2) ASSER, § 807; VERNEDE, op art. 1711 B. W. — (3) DURANTON, VIII, n. 530; ZACHARIAE, III, § 705, bl. 158 en v. — (4) DURANTON, VIII, n. 532; ZACHARIAE, III, § 705, bl. 158 en n. 12. — (5) GRENIER, n. 97.

zijn' wil alleen vernietigen kan. De voorzorgen, voor de aanneming eener schenking aan minderjarigen genomen, toonen ook, dat de wetgever den begiftigde als werkelijk verbonden heeft beschouwd (1).

143. De verpligtingen des begiftigden strekken zich ook niet verder uit, dan tot die, welke hij op zich heeft genomen. Tot de betaling van schulden is hij niet verpligt, dan voor zoo ver die hem zijn opgelegd, en overeenkomstig art. 1707 B. W. met name aangewezen. Vandaar dat hem een verhaal op den schenker toekomt, wanneer hij, ter voorkoming eener uitwinning van het geschonken goed, voor dezen schulden heeft betaald, waarvoor dat goed verbonden was. Het gezegde belet intusschen niet, dat, wanneer de schenker al zijne goederen of een zeker gedeelte zijner goederen heeft geschonken, hij dan daarop kan inhouden eene voldoende waarde tot voldoening der schulden, in het eerste geval geheel, in het ander voor een evenredig gedeelte; omdat ook hier bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, en bij die algemeene aanduiding van het voorwerp der schenking de goederen van den schenker in verband beschouwd moeten worden met de schulden, waarmede ze zijn bezwaard. Inderdaad kan men daarom ook zeggen, dat de begiftigde belast is met de schulden van den schenker; het gezegde toch heeft alleen eene beperking, of misschien wel eene geheele opheffing van het voordeel dier schenking ten gevolge, maar stelt in geen geval den begiftigde bloot aan het nadeel, dat voor hem zou kunnen ontstaan, zoo hij belast was met de schulden des schenkers, en dan daarmede belast zou zijn, ook wanneer zij de voordeelen der schenking te boven gingen. Het gezegde geldt voorts alleen, wanneer alle goederen of een zeker gedeelte der goederen, onder een algemeenen titel zijn geschonken. Wanneer daarentegen de geschonken goederen met name waren aangeduid, of ook wanneer alle of een zeker gedeelte der onroerende of der roerende goederen geschonken waren, dan heeft hij daarop regt zonder eenige korting voor de schulden, zelfs wanneer de schenker zich daardoor had ontdaan van al zijne goederen, omdat het aldus bepaald aangeduid voorwerp der schenking aan geene aftrekking der schulden doet denken (2).

---

(1) TOULLIER, V, n. 283; DURANTON, VIII, n. 17; GRENIER, I, n. 79 en v.; ZACHARIAE, III, § 706, bl. 161 en n. 12; FERRY, in *Rev. d. rev. de droit*, VII, bl. 64—74. Anders G. GENREAU, in *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, IV, bl. 492—503, die, maar niet overtuigend, betoogt, dat de begiftigde ne peut être poursuivi que sur le bien donné, qu'il peut répudier ce bien, pour se soustraire à l'execution des charges, et qu'il en est libre pour l'avenir, quand ce bien a péri par cas fortuit, en zulks op grond van les principes, les origines du droit et les textes. — (2) Verg. TOULLIER, V, n. 818; GRENIER, I, n. 86 en v.; DURANTON, VIII, n. 472 en v.; ZACHARIAE, III, § 706, bl. 159 en v.

regt op de uitsluiting van vrijwaring … ning der schenking
wetsbepaling af te stuiten. … oorwaarden, wa…

140. Dit geldt met name v… bepaalde ve…
geschonken, wetende, dat het … ng der s…
is mogelijk, dat de begiftigde … o hij
vernietiging der schenking n… r
teressen, ofschoon ook z… e
de kwade trouw zal k… . Men
vrijwaring is in zoodar… gde afleiden (2),
de schenker na de s… de als zoodanig, om zi…
het goed aan een' … r schuldig of medepligtig te
niettemin de lev… worden, daar hij zich daaraan even
staat is, vergoed… uldig maken. Eene bepaalde verplig-
art. 1272 B. … n des noods den schenker levensonderhoud
zijds lasten o… even weinig, en is in geene enkele wetsbepa-
king kunne… s schenkers daartoe strekkende vordering zou op de
ning van … van den begiftigde zeer zeker moeten worden afgewezen;
op andr… te dier zake de schenking herroepen, maar andere aanspraken
twee … bij daarop niet gronden.
gesc…

145. Wij moeten te dezer plaatse nog melding maken van de
ge… verwijzing naar art. 941 in art. 1712 B. W. Ten tijde der beraad-
r… slaging werd aangemerkt, dat het raadzaam zou zijn, dat artikel hier, gewijzigd naar het onderwerp, in te voegen, en dat eene eenvoudige verwijzing daarop voor schenkingen minder aannemelijk was, zonder dat echter hiervoor bepaalde redenen werden opgegeven. De Regering achtte het voldoende zich aan dat artikel te gedragen, om te weeg te brengen, dat ten opzigte van den schenker en den begiftigde of gesubstitueerde, bij gelijktijdig overlijden, dezelfde regelen gelden als ten aanzien van den erflater en den erfgenaam, legataris en gesubstitueerde zijn voorgeschreven (3). Het komt mij intusschen voor, dat die bepaling in den regel bij schenking alle toepassing missen moet, omdat hier de overdragt van het geschonkene niet afhangt van het vóóroverlijden van den schenker, maar, wanneer eenmaal de schenking zelve geldig is tot stand gekomen, daaruit eene verbindtenis is ontstaan, wier vervulling ook door de erfgenamen van den begiftigde en van de erfgenamen des schenkers kan gevorderd worden (4). Wel spreekt ULPIANUS van het in art. 941 B. W. omschreven geval, met betrekking tot schenking tusschen echtgenooten (5), maar wij hebben hierboven met een enkel woord

---

(1) MALLEVILLE, II, bl. 430; DURANTON, VIII, n. 544. — (2) Zie echter ZACHARIAE, III, § 706, bl. 159. — (3) VOORDUIN, V, bl. 334 en v. — (4) Verg. ook OPZOOMER, III, bl. 180. — (5) L. 32, § 14 D. *de don. inter vir. et uxor.* (XXIII, 1).

ngemerkt, welke kra
had, en hoe zij
·g vóór den
·bonden ·
hij o
·n·
·
941 .
·an dat regt ··

·en en de zaken weder tot den·
· · alsof er geene verbindtenis
·lenken aan zoodanige bepa-
· nstaande welke deze hare
· egiftigde is opgelegd en
of niet te doen, van
n reeds aangemerkt,
verpligting te vor-
· geheele schen-

§ 7.

N., ondank-
herroepen
n als art.
aarheid
met
nze
'e

Van het herroepen of te niet doen van .

146. De wet geeft in eenige bepaalde gevallen de b om eene gedane schenking te herroepen of te laten te niet. Men zou kunnen meenen, die gevallen te moeten beschouwen als zoo vele uitzonderingen op de onherroepelijkheid, die, volgens de in art. 1703 *a* B. W. gegeven bepaling, is voorgesteld als behoorende tot het wezen der schenking; en de aanhef van art. 1725 B. W., die de bevoegdheid tot herroeping tot de daar genoemde gevallen beperkt, schijnt die meening eenigermate te bevestigen, hoezeer zoodanige beperking dan toch eenigzins vreemd zou zijn, nadat de onherroepelijkheid eenmaal in het algemeen is vastgesteld (1). Inderdaad schijnt echter die voorstelling minder juist. Die onherroepelijkheid toch bestaat daarin, dat de schenker niet, zoo als hij die bij uitersten wil heeft beschikt, naar goedvinden op zijne schenking kan terugkomen, zoodra hij het geschonkene liever voor zich wenscht te behouden; en op die onherroepelijkheid zijn geene uitzonderingen gemaakt door de bepaling, dat de schenking kan worden vernietigd in enkele bepaalde gevallen, die niet van de willekeur des schenkers afhangen, maar waarin óf hij zelf door de omstandigheden óf de begiftigde door zich zelven gebragt is, al staat het dan ook in die gevallen geheel aan den schenker om de schenking al of niet te doen vernietigen. De schenking blijft dus onherroepelijk, in den zin van art. 1703 B. W., niettegenstaande de bevoegdheid, die art. 1725 den schenker geeft.

147. Wij zeggen, dat de wet hem die bevoegdheid geeft. Wel schijnt art. 1725 volgens den aanhef geene bevoegdheid te geven, maar veeleer eene bestaande bevoegdheid te beperken; zij heeft echter geen anderen grond dan juist deze wetsbepaling. Dat zij slechts in enkele gevallen werd gegeven, zal aanleiding gegeven hebben tot

---

(1) Volgens OPZOOMER, III, bl. 179, vergat de wetgever hier, dat hij schenking als eene overeenkomst had beschouwd.

de bestaande redactie; het ware echter juister geweest te zeggen: schenkingen kunnen worden herroepen en te niet gedaan in de volgende gevallen. Die bevoegdheid is door de wet aan deze gevallen verbonden, en men schijnt zelfs met grond te mogen aannemen, dat de schenker, hoezeer vrij om er in een bestaand geval geen gebruik van te maken, echter daarvan niet vooraf bij de akte van schenking afstand kan doen; wat trouwens ook als strijdig met de zedelijkheid beschouwd zou mogen worden (1).

148. Die bevoegdheid wordt hem voorts in art. 1725 B. W. in het algemeen toegekend, ten aanzien van „eene schenking", en moet dus geacht worden — behoudens de, voor schenkingen tusschen aanstaande echtgenooten of aan dezen gedaan, in art. 227 en 234 B. W. gemaakte, en in art. 1730 gehandhaafde beperking — te bestaan, ten aanzien van alle schenkingen (2), maar op grond dier wetsbepaling ook alleen ten aanzien van schenkingen. Zoo bestaat zij, al is hare uitoefening misschien wat moeijelijk, ook ten aanzien der giften van hand tot hand, waarvan art. 1724 spreekt; men kan hiertegen niet meer aanvoeren, dat de wet die giften als van zoo weinig belang beschouwt, dat zij ze met stilzwijgen voorbijgaat; noch ook, — wat zeker ook naar den C. N. slechts met zeer twijfelachtig regt beweerd kon worden, — dat op dien grond op die giften niet toepasselijk zou zijn, wat ten aanzien van schenkingen, in den wettigen vorm gedaan, is voorgeschreven (3). Men moet in tegendeel, gelijk wij reeds opmerkten, die giften in alles met andere schenkingen gelijk stellen, met uitzondering alleen van den vorm (4). Aan den anderen kant behoort men op kwijtschelding, die als geene eigenlijke schenking beschouwd kan worden, de bepaling van art. 1725 niet toe te passen.

149. Schenking kan vooreerst worden herroepen of te niet gedaan, uithoofde van niet-vervulling der voorwaarden, waaronder zij gedaan is; art. 1725, 1° B. W. Dit geldt in het algemeen, welke ook de oorzaak dier niet-vervulling zijn mag, en al was de vervulling ook onmogelijk geworden door omstandigheden, van den wil des begiftigden geheel onafhankelijk (5).

150. Het spreekt van zelf, dat hier niet behoort gedacht te worden aan opschortende voorwaarden, bij wier niet-vervulling geene herroeping of tenietdoening noodig is, maar de overeenkomst eenvoudig buiten gevolg blijft (6). Ook moet hier niet gedacht worden aan de gewone ontbindende voorwaarden, wier vervulling, volgens art. 1303

---

(1) Verg. v. SAVIGNY, IV, bl. 235. — (2) Verg. ZACHARIAE, III, § 708, bl. 164 en v. — (3) Zoo DABELOW, II, § 822, 1, bl. 204 en v. — (4) Zie DURANTON, VIII, n. 566. — (5) ZACHARIAE, III, § 707 *bis*, bl. 163. — (6) DURANTON, VIII, n. 538, 541; TOULLIER, V, n. 276.

B. W., de verbindtenis doet ophouden en de zaken weder tot den vorigen stand terug doet keeren, even alsof er geene verbindtenis bestaan had (1). Veelmeer heeft men te denken aan zoodanige bepalingen, bij de schenking gemaakt, niettegenstaande welke deze hare uitwerking heeft gehad, maar waarbij den begiftigde is opgelegd en deze zich heeft verbonden, om iets te doen of niet te doen, van welken aard dit ook wezen mag (2). Wij hebben reeds aangemerkt, dat de schenker geregtigd is, de vervulling dier verpligting te vorderen; hij kan echter ook, zoo hij dit liever wil, de geheele schenking wegens niet-vervulling doen te niet gaan.

151. Het Wetb. van 1830 noemde, even als de C. N., ondankbaarheid als eene tweede oorzaak, waarom schenkingen herroepen kunnen worden, maar bepaalde tevens in art. 1734, even als art. 955 C. N., de gevallen, waarin alleen uit hoofde van ondankbaarheid herroeping plaats kan hebben, min of meer overeenstemmende met die, welke in art. 1725 B. W. onder 2° en 3° zijn vermeld (3). Onze wet spreekt niet van ondankbaarheid, zonder dat bepaaldelijk uit de geschiedenis der beraadslagingen blijkt, om welke reden deze uitdrukking is afgeschaft. Men schijnt echter teregt in de wet niet van ondankbaarheid als eene bijzondere oorzaak van herroeping te hebben gesproken, omdat men die herroeping toch niet telkens bij gebleken ondankbaarheid wilde toelaten, maar slechts in enkele bepaalde gevallen, die, ja, wel als blijken van ondankbaarheid beschouwd kunnen worden, maar tusschen welke voor het overige weinig of liever geen verband of gelijkheid bestaat. Dit neemt intusschen niet weg, dat de uitlegger der wet de van ouds gebruikelijke benaming van ondankbaarheid kan blijven bezigen, wanneer hij slechts in het oog houdt, dat daarbij bepaaldelijk en alleen gedacht moet worden aan de gevallen, uitgedrukt in art. 1725, 2° en 3° B. W. De gelijkstelling dier gevallen in art. 1727—1729 B. W., in tegenstelling van de herroeping wegens niet-vervulling der voorwaarden, maakt het te meer gepast, ze onder ééne gemeenschappelijke benaming te begrijpen.

152. Volgens art. 1725, 2° B. W. kan de schenking herroepen worden, „indien de begiftigde zich schuldig of medepligtig heeft gemaakt aan eenen aanslag op het leven van den schenker, of aan een ander misdrijf jegens denzelven." In plaats van dit laatste spreekt art. 955 C. N. bepaaldelijk van „sévices, délits ou injures

---

(1) DURANTON, VIII, n. 535, 539 en 542. — (2) Verg. DURANTON, VIII, n. 537, 543 en v.; TOULLIER, V, n. 278; ZACHARIAE, III, § 707 en v., bl. 162. — (3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 348 en v. Zie ook TOULLIER, V, n. 330; DURANTON, VIII, n. 554; ZACHARIAE, III, § 708, bl. 163, n. 1.

graves." Onze wetgever heeft dit uitgebreid tot alle misdrijven (1).

153. Bij de beraadslagingen werd gevraagd, of dit moet worden beperkt tot misdaden, dan wel ook uitgestrekt tot wanbedrijven; later is nog gevraagd, of daaronder alle wederregtelijke handelingen begrepen zijn, waarop eenige straf is gesteld (2). Wat de eerste vraag betreft, zoo kan de algemeene opvatting niet twijfelachtig zijn (3), wanneer men let op de beteekenis, waarin het woord gewoonlijk wordt gebezigd, als vox generis, waarvan misdaad slechts een onderdeel uitmaakt, en op de bedoeling des wetgevers om algemeen te maken, wat in art. 955 C. N. door „sévices, délits ou injures graves" was aangeduid. Dit blijkt dan ook te meer uit het antwoord, door de Regering op die vraag gegeven (4), toen zij zeide, dat, daar in dezen niet van eene lijf- of onteerende straf is gesproken, het artikel alle misdrijven omvat, welke de begiftigde zich ten aanzien van den schenker veroorlooft.

154. Dit antwoord geeft zelfs aanleiding tot eene bevestigende beantwoording der tweede vraag; vooral wanneer men let op hetgeen de Regering verder zeide, dat men die bepaling hoogst zedelijk acht, omdat het voorzeker de grootste ondankbaarheid kenschetst, indien de begiftigde zich jegens zijnen weldoener *in het allerminste vergrijpt.* Ik zou ook het tegendeel niet durven volhouden op grond dat het de ongerijmdheid zelve zou zijn te veronderstellen, dat de wetgever met een' aanslag op het leven van den schenker zou hebben willen gelijk stellen eene handeling, die, geenerlei opzet veronderstellende, met eene eenvoudige politiestraf bedreigd wordt. Vooreerst toch ontbreekt ook bij die handelingen veelal het opzet niet; ten andere zie ik niet, waarom eene toepassing op dergelijke overtredingen juist eene ongerijmdheid zou zijn, wanneer de toepassing op een zeer ligt, met de geringste correctionele geldboete gestraft wanbedrijf aan geen' twijfel onderworpen kan wezen; ten derde is hier geen sprake van eene gelijkstelling met een' aanslag op het leven van den schenker, maar is het alleen de vraag, of ook zoogenaamde politie-overtredingen, even als wanbedrijven en misdaden, een' grond kunnen opleveren tot herroeping eener schenking. Met meer grond echter schijnt men zich voor eene beperkende opvatting daarop te kunnen beroepen, dat het antwoord der Regering, gegeven op de vraag, of alleen aan misdaden dan wel ook aan wanbedrijven gedacht moet worden, met eenigen grond geacht kan worden op die beide soorten van misdrijf gedoeld te hebben; te meer daar de Regering niet slechts niet uitdrukkelijk

---

(1) Asser, § 815. — (2) *R. B.*, I, bl. 422. — (3) De Pinto, II, § 941, 2, bl. 462; 3e uitg. § 1001, 2, bl. 573. — (4) Voorduin, V, bl. 352 en v.

heeft te kennen gegeven, dat zij eene nog meer algemeene toepassing bedoelde, maar ook zelve bepaaldelijk van de onderscheiding in crimes en délits spreekt, als in onze wet vooralsnog niet aangenomen. Een verderen grond kan men daarin vinden, dat art. 1734 Wetb. van 1830 sprak van „misdaden of misdrijven", onder welke laatste men bij die redactie wel bepaaldelijk wanbedrijven schijnt te moeten verstaan, en dat er nu geene reden is om aan te nemen, dat de wetgever, door het bezigen van slechts een enkel woord, iets anders heeft willen bepalen, maar veelmeer, dat hij dat eene woord als voldoende heeft beschouwd. Om deze redenen schijnt men te mogen aannemen, dat, hoezeer de gebezigde uitdrukking meer algemeen is, zij echter naar de bedoeling des wetgevers tot misdaden en wanbedrijven moet beperkt worden (1).

155. De wet spreekt van een misdrijf jegens den schenker, men mag hierin echter geene beperking zien tot misdrijven, bepaaldelijk tegen zijn' persoon gepleegd; ook die tegen zijne goederen begaan, zijn misdrijven jegens hem, en vallen als zoodanig in de termen der wet (2). De bedoelde woorden geven alleen te kennen, dat weerzin en verontwaardiging jegens den begiftigde wegens eenig gepleegd misdrijf, maar waarbij de schenker niet is betrokken, geen' grond tot herroeping oplevert.

156. Bij de beraadslagingen werd nog voorgesteld, de bepaling te beperken tot misdaden en misdrijven (wanbedrijven), welke ondankbaarheid kenschetsen. De Regering vermeende, dat alle misdaden en misdrijven, jegens den schenker begaan, ondankbaarheid kenschetsen; maar men was het daarmede niet eens, en meende, dat misdrijven, welke een gevolg zijn van onvoorzigtigheid of onhandigheid, of begaan worden tegen het voorschrift der reglementen, bij art. 319 en 320 C. P. bedoeld, geene aanleiding moesten geven om eene schenking te herroepen, dewijl men onvoorzigtig of onhandig kan zijn, zonder ondankbaar te wezen; en dat eveneens misdrijven, welke wegens provocatie verschoonbaar zijn, in de bepaling niet behooren te vallen, omdat anders niets voor een' schenker ligter ware, dan den begiftigde door beleediging tot het begaan van zoodanige misdaad (zoodanig misdrijf) te brengen (3). De gemaakte aanmerking was, naar het schijnt, niet ongegrond; zij is echter zonder gevolg gebleven, behalve dat misschien de heer BARTHÉLÉMY daarop doelde, toen hij zeide: „il semble même que l'expression de se rendre coupable envers quelqu'un, comprend plus que le fait lui-même, et qu'il an-

(1) Zoo ook, hoezeer niet op dezelfde gronden, V. HALL, in *R. B.*, t. a. p.; VERNEDE, op art. 1725 B. W. — (2) DE PINTO, II, § 941, 2, bl. 462; 3e uitg. § 1001, 2, bl. 573; ZACHARIAE, III, § 708 bl. 164. Verg. DURANTON, VIII, n. 557. — (3) VOORDUIN, V, bl. 349, n.

nonce *l'intention* qui doit servir à caractériser l'ingratitude, et à mettre ainsi les juges à même de prononcer, si le fait à le caractère de culpabilité envers le donateur, qui doive les déterminer à prononcer la révocation de la donation " (1). Maar behalve dat door die *meening* (il semble) de overbodigheid niet bleek eener veranderde redactie, gelijk men die overeenkomstig de veronderstelde bedoeling wenschelijk achtte, schijnt ook die meening zelve weinig gegrond. Men wordt toch in het algemeen schuldig verklaard aan eenig misdrijf, zoo dikwijls men deswege tot straf veroordeeld wordt; zoowel in de gevallen, die, volgens de gemaakte bedenking, geene aanleiding tot herroeping moesten geven, als in alle andere; en daarom vindt art. 1725, 2° zijne toepassing bij alle misdaden en wanbedrijven, al behelzen die ook volstrekt geen blijk van ondankbaarheid. Men had hieròver misschien anders kunnen oordeelen, wanneer de wet nog sprak van eene herroeping op grond van ondankbaarheid (2), in het onder 2° genoemde geval; niet nu zij, hiervan zwijgende, de herroeping verbindt aan de schuld of medepligtigheid aan eenig misdrijf. Iets anders is het natuurlijk, waar, gelijk in de gevallen van art. 64 of 327 en v. C. P, wegens bijzondere omstandigheden noch misdaad, noch wanbedrijf geacht wordt te bestaan.

157. Bij die algemeenheid der bepaling was het niet noodig, ook nog afzonderlijk te spreken van een' aanslag op het leven van den schenker, die toch ook een misdrijf is, en zal die afzonderlijke vermelding wel alleen een gevolg zijn van de redactie van art. 955 C. N., hetwelk haar op zijne beurt aan de afzonderlijke opnoeming in het Romeinsche regt had ontleend (3). Wat dien aanslag zelven betreft, het is niet noodig, dat de begiftigde den schenker om het leven heeft gebragt, maar genoeg, zoo hij getracht heeft dit te doen (4).

158. Ongegrond komt mij echter de meening voor, dat er eene veroordeeling door den strafregter noodig is. De pinto zegt, dat de begiftigde schuldig en dus veroordeeld moet zijn, dat de burgerlijke regter dat schuldig niet kan uitspreken, zonder voorafgaand vonnis van den strafregter (5). Schüller, die ook beweert, dat zonder veroordeeling den burgerlijken regter niet blijkt van de schuld des begiftigden, beroept zich op art. 1955 B. W. (6), 'twelk echter wel zegt, dat een vonnis, waarbij iemand wegens misdrijf tot straf is ver-

(1) Voorduin, V, bl. 328 en v., n. XIV. — (2) Zie dan ook duranton, VIII, n. 556; zachariae, III, § 708, bl. 164. — (3) Duranton, VIII, n. 555. — (4) De pinto, II, § 941, 2, bl. 461; 3e uitg. § 1101, 2, bl. 572 en v. — (5) De pinto, II, § 941, 2, bl. 462; 3e uitg. § 1001, 2, bl. 573. Zoo ook verneде, op art. 1725 B. W. — (6) Schüller, op art. 1725 B. W.

oordeeld, in een burgerlijk geschil als een bewijs der gepleegde daad wordt aangenomen, maar geenszins, dat zoodanig vonnis het eenig bewijs is, dat aangenomen kan worden. En waar staat nu geschreven, dat de burgerlijke regter niet mag beoordeelen, of eenig misdrijf is gepleegd? Wegens misdrijf tot straf veroordeelen mag zeer zeker in het algemeen de burgerlijke regter niet, maar wanneer dat misdrijf eenvoudig in aanmerking komt als het feit, waarop iemand in een burgerlijk geding eenig regt of eene bevoegdheid grondt, dan staat het in zoo ver met ieder ander feit gelijk, dat zijn bestaan door den burgerlijken regter mag en moet beoordeeld worden. Zoo spreekt ook art. 265 B. W. van het geval, dat een der echtgenooten tot straf is veroordeeld bij een vonnis, waaruit van een begaan overspel blijkt, maar sluit daardoor het burgerlijk geding tot echtscheiding niet uit, waar zoodanig strafvonnis niet bestaat. De schrijvers over het Fransche regt achten ook de veroordeeling niet noodig ten aanzien van den aanslag op het leven (1), zonder zich, zoo ver ik weet, omtrent de noodzakelijkheid daarvan ten aanzien van art. 955, 2° C. N. uit te laten; doch zij gronden hun beweren niet daarop, dat onder 1° het woord *coupable* niet is gebezigd, maar daarop, dat er niet gevorderd is, dat de begiftigde wegens dien aanslag zijn *veroordeeld*, en ik meen hieruit te mogen afleiden, dat ook zij de woorden coupable en condamné niet als van dezelfde beteekenis hebben beschouwd. Wij voegen er nog slechts bij, dat de uitoefening der bevoegdheid, door de wet aan den schenker gegeven, niet afhankelijk mag worden gesteld van eene vervolging tot straf, die niet in de magt des schenkers staat.

159. Volgens art. 1725, 3° B. W. kan schenking nog herroepen worden, indien de begiftigde weigert aan den schenker, nadat deze in armoede is vervallen, levensonderhoud te verschaffen (2). De C. N. beschouwt ook dit als een blijk van ondankbaarheid, en laat uit dezen hoofde de herroeping toe, wanneer de begiftigde den schenker „refuse des alimens." Bij ons is het geval nader bepaald en wordt ook hier van ondankbaarheid niet gesproken. Uit dit laatste leid ik af, dat weigering van levensonderhoud, nadat de schenker in armoede vervallen is, aanleiding geeft tot herroeping, onverschillig welke de oorzaak dier weigering en de meerdere of mindere gegoedheid van den begiftigde zij. Met de zedelijke waardering dier weigering hebben wij niets te maken; de schenker heeft ook aan den goeden wil des begiftigden niet genoeg. De meening van DABELOW, dat de weigering slechts dan grond tot herroeping geven kan, wanneer de be-

---

(1) TOULLIER, V, n. 331; DURANTON, VIII, n. 555; ZACHARIAE, III, § 708, bl. 163 en n. 2. — (2) DE PINTO, II, § 941, 3, bl. 462; 3e uitg. § 1001, 3, bl. 573.

giftigde het levensonderhoud kon verschaffen, zonder zijn huisgezin iets te onthouden (1), — die meening moge verdedigbaar zijn naar den C. N., onder onze wetgeving is zij onaannemelijk.

160. De schenker moet voorts in armoede zijn vervallen. De C. N. zwijgt hiervan; onze wetgever heeft dit aangevuld. Het spreekt van zelf, dat de schenker den toestand moet bewijzen, waarop hij zich beroept. Die toestand is echter niet zoo bepaald aan te duiden, en er zal hier altoos veel aan 's regters oordeel moeten overgelaten blijven, daar de armoede hier wel niet in te beperkte beteekenis zal moeten worden opgevat (2); en bepaaldelijk zal dienen gelet te worden op de vroegere gesteldheid van den schenker; daar een rijke gezegd kan worden tot armoede vervallen te zijn, wanneer men dit van iemand van een gering vermogen nog niet zou zeggen.

161. De wet spreekt in het algemeen van levensonderhoud, zonder eenige verdere bepaling. In het algemeen behoort daartoe alles wat de schenker noodig heeft om zelf en met de zijnen te leven. Men zal voorts ook hier moeten aannemen, wat art. 379 B. W. ten aanzien der verpligting tot onderhoud tusschen bloedverwanten en aangehuwden zegt, dat het onderhoud geregeld moet worden naar evenredigheid der behoeften van hem, die onderhoud noodig heeft, en het vermogen van hem, van wien hij het vraagt (3). De hoegrootheid der schenking blijft daarbij geheel buiten aanmerking; de wet toch spreekt van levensonderhoud, zonder dit daarvan afhankelijk te maken. Eene geringe gift kan op dien grond evenzeer worden herroepen als eene belangrijke schenking; alleen bekomt de schenker door de herroeping eener geringe gift ook slechts weinig terug.

162. Er is, naar den C. N., beweerd, dat de weigering van levensonderhoud geen grond van herroeping zou zijn, wanneer de schenker bloedverwanten of aangehuwden heeft, die in staat zijn hem onderhoud te verschaffen (4). Deze meening komt mij reeds met het oog op den C. N. weinig aannemelijk voor. Men zal kwalijk kunnen zeggen, dat de weigering in dat geval geene ondankbaarheid zou zijn, wanneer men deze daarin anders telkens wil zien. En dat het vragen van onderhoud aan den begiftigde, met voorbijgang der aanverwanten, te zeer inbreuk zou maken op de onherroepelijkheid der schenking, en den schenker te zeer zou veroorloven daarop terug te komen, zal wel van gering gewigt zijn, wanneer men bedenkt, dat de schenker behoefte aan onderhoud moet hebben, en zich toch wel

---

(1) DABELOW, II, § 820, bl. 201 en v. — (2) V. ASSEN, § 397, bl. 435. — (3) Verg. hierboven II, n. 579 en v. – (4) Verg. ZACHARIAE, III, § 708, bl. 164 en n. 8. Anders DURANTON, VIII, n. 558.

niet in dien toestand zal hebben gebragt, alleen om op eene schenking terug te kunnen komen. De zwakheid dier meening blijkt ook uit de beperking, die men er bijvoegt. Men heeft namelijk beweerd, dat het bestaan van bloedverwanten de herroeping niet belet, wanneer de schenker plotseling in behoeftige omstandigheden is vervallen, en de begiftigde nu weigerde hem voorloopig onderhoud te verschaffen, totdat hij dit van zijne bloedverwanten zal bekomen hebben; maar hoe kan eene weigering van voorloopig onderhoud een grond tot herroeping zijn, wanneer de weigering van onderhoud in het algemeen dat niet is? Met het oog op onze wet komt mij de vraag zelfs niet twijfelachtig voor; nu toch bepaaldelijk is verondersteld, dat de schenker in armoede is vervallen, maar daarbij dan ook van het al of niet bestaan van bloedverwanten met geen woord wordt gesproken, moet dat al of niet bestaan ook geheel onverschillig blijven. Ik bedoel hiermede niet, dat die bloedverwanten zouden kunnen beweren vrijgesteld te zijn van het onderhoud, zoolang de schenker nog aanspraak tegen een' begiftigde heeft; hunne verpligting, in de wet gegrond, wordt daardoor niet opgeheven en zij zullen zich zelfs in regten daarop niet kunnen beroepen; maar de weigering des begiftigden zal desniettemin eene herroeping wettigen.

163. Tot die herroeping is noodig, vooreerst dat de begiftigde levensonderhoud geweigerd heeft, ten anderen dat hij die geweigerd heeft, nadat de schenker in armoede vervallen is. Even als van dit laatste, moet ook van het eerste het bewijs geleverd worden door den schenker, die niet op grond van zijne behoefte, maar slechts na die weigering tot de herroeping bevoegd is. Men heeft hier echter niet noodzakelijk aan eene uitdrukkelijke weigering te denken; de begiftigde, tegen wien de schenker geene vordering tot levensonderhoud heeft, en de daartoe strekkende eisch aan dezen dus zou moeten worden ontzegd, zou anders zich bereid kunnen verklaren en echter niets geven, om zich dan achter die bereidverklaring te verschuilen. Met eene uitdrukkelijke weigering moet daarom gelijk gesteld worden het onthouden van levensonderhoud, nadat dit door den in armoede vervallen schenker is aangevraagd. Die weigering of onthouding geeft dan regt tot herroeping, zonder dat de begiftigde die door een later aanbod van levensonderhoud kan tegengaan (1).

164. De C. N. laat, in art. 953, behalve uit hoofde der nietvervulling van de voorwaarden en uit hoofde van ondankbaarheid, de herroeping der schenking ook nog toe „pour cause de survenance

---

(1) Verg. DURANTON, VIII, n. 558; TOULLIER, V, n. 333.

d'enfans" (1). Wanneer de schenker ten tijde der schenking geene kinderen of afkomelingen had, was de schenking van regtswege herroepen door de latere geboorte van een wettig kind, zelfs na den dood des schenkers, of door de wettiging van een natuurlijk kind, dat na de schenking is geboren; art. 959 C. N. (2). Ook bij de beraadslagingen over ons B. W. werd op het behoud van dien grond van herroeping aangedrongen, hetzij de schenking daardoor van regtswege zou herroepen zijn, of herroepbaar door den schenker; de Regering begreep echter dien grond te moeten weglaten. De daarvoor opgegeven reden, dat het zeer twijfelachtig was, of volgens het Romeinsche regt schenkingen op dien grond door iedereen konden worden herroepen, en of zulks niet alleen te pas kwam bij giften aan een' vrijgelaten slaaf gedaan (3), — die reden beteekende zeker weinig. Van meer gewigt was de andere grond, dat bij art. 960 en v. B. W. zorg is gedragen voor de inkorting der schenkingen, welke het wettelijk erfdeel der legitimarissen te boven gaan. Waar dit laatste het geval niet is, bestond er geene overwegende reden om den begiftigde van een hem toegekend en krachtens overeenkomst door hem verkregen voordeel te berooven en zijn genot daardoor steeds onzeker en twijfelachtig te doen zijn, en mogt men het hard achten, dat de begiftigde zijn wettig eigendom moest verliezen, om de enkele omstandigheid, dat de schenker, vroeger geene kinderen hebbende, die later kreeg (4). Daarbij kwam nog, gelijk ASSER aanmerkt, dat het niet zelden gebeurt, dat aan schenkingen drukkende voorwaarden ten laste des begiftigden verbonden zijn, en derhalve in geval van herroeping vele twistgedingen zouden kunnen ontstaan over de vraag, of, in hoe verre en op welke wijze de begiftigde zou moeten worden schadeloos gehouden of in zijn geheel hersteld, ter zake van de voorwaarden, welke hij gedurende het bestaan der schenking van zijne zijde mogt hebben vervuld, — hetwelk volgens ASSER mede tot de afschaffing van dit middel heeft geleid.

163. De bevoegdheid, in art. 1725 B. W. gegeven, is tot de daar genoemde gevallen bepaald; de wet zegt uitdrukkelijk, dat eene schenking niet kan worden herroepen noch dien ten gevolge te niet gedaan, tenzij in die bepaalde gevallen. Ook bij de overeenkomst van partijen kan daaraan geene verdere uitbreiding worden gegeven.

---

(1) Verg. l. 8 C. *de revoc. don.* (VIII, 56); DE GROOT, III, 2, n. 18; art. 1349 en v. Wetb. Nap. v. Holl. — (2) Verg. MALLEVILLE, II, bl. 428 en v., 434 en v.; TOULLIER, V, n. 296 en v.; DURANTON, VIII, n. 373 en v.; ZACHARIAE, III, § 709, bl. 167 en v. en n. 1. — (3) Verg. hierover v. SAVIGNY, IV, bl. 228 en v. — (4) VOORDUIN, V, bl. 326, n. XIII, bl. 332 en v., 352; ASSER, § 814; DE PINTO, II, § 941, bl. 460 en v.; 3e uitg. § 991, bl. 572; LIPMAN, bl. 511.

Ware het anders, zoo zou de wet daarvan melding hebben gemaakt en ook die oorzaak van herroeping hebben opgenoemd; nu sluit haar stilzwijgen te dien aanzien de kracht van zoodanig beding uit, dat trouwens ook geheel in strijd zou zijn met den onherroepelijken afstand, waarvan art. 1703 B. W. spreekt. Niet, dat er geene ontbindende voorwaarde aan de schenking kan worden verbonden, maar de werking van zoodanige voorwaarde is ook geheel iets anders dan de herroeping, waarvan hier sprake is. Terwijl gene wel de gevolgen der schenking opheft, maar deze opheffing doet afhangen van eenig voorval, dat, zoo het plaats heeft, zelf die opheffing bewerkt, is deze bij de herroeping van des schenkers wil afhankelijk gesteld, wat eene onzekerheid ten aanzien van den eigendom der geschonken goederen ten gevolge heeft, die de wetgever heeft willen afweren. Wel zijn partijen geheel vrij in het stellen van voorwaarden, wier nietvervulling regt tot herroeping geeft, maar zij kunnen dat regt niet voorbehouden of toekennen buiten de gevallen, in art. 1725 opgenoemd.

166. Onder die gevallen maakt de wet ook geene melding van het regt van terugkeering, dat de schenker zich volgens art. 1709 en v. B. W. kan voorbehouden, maar ook dit regt verschilt geheel van de hier bedoelde herroeping. Door de uitoefening van het regt van terugkeering herroept de schenker zijne schenking niet; deze is slechts beperkt op eene door de wet toegelatene wijze, maar de aldus beperkte schenking heeft zonder eenige stoornis aan zijde van den schenker de volle uitwerking, waarvoor zij vatbaar is (1). Het goed keert dan ook van zelf tot den schenker terug, zonder dat eenige daad van zijnen kant noodig is of 's regters tusschenkomst gevorderd wordt. Mogt toch al het goed niet vrijwillig worden afgestaan, zoo kan, gelijk wij vroeger zagen, eene geregtelijke vervolging noodig zijn om de erfgenamen van den begiftigde tot hun pligt te brengen, maar niet om het regt des schenkers op de geschonken goederen te herwinnen of te verzekeren.

167. Geheel anders is dit in geval van herroeping. Geen der gevallen, waarin deze volgens art. 1725 kan geschieden, doet de schenking van regtswege te niet gaan, en de schenker kan haar ook niet op eigen gezag hare kracht ontnemen; hij behoeft daartoe eene regterlijke uitspraak. Art. 956 C. N. geeft dit te kennen door te bepalen, dat de herroeping wegens niet-vervulling der voorwaarden of wegens ondankbaarheid, de eenige bij ons erkende oorzaken, nimmer van regtswege plaats heeft (2). Art. 1737 Wetb. van 1830 bepaalde

---

(1) DURANTON, VIII, n. 534, — (2) TOULLIER, V, n. 280, 334; DURANTON, VIII, n. 535, 540, 559; ZACHARIAE, III, § 707 *bis*, bl. 162.

hetzelfde van „de herroeping, uit hoofde der hiervoren vermelde oorzaken." Bij de latere herziening werd dat artikel weggelaten, maar tevens de aanhef van art. 1725 eenigzins gewijzigd. En toen men naar de reden dier weglating vroeg, en meende, dat die bepaling nuttig zou zijn, daar hetzelfde nu slechts bij gevolgtrekking uit andere artikelen zou zijn af te leiden, gaf de Regering ten antwoord, dat het artikel als overbodig was aangemerkt, nu bij de wet duidelijk te kennen is gegeven, dat de herroeping eener schenking moet worden *te niet gedaan*, hetgeen van zelf eene regterlijke uitspraak veronderstelt (1). Met deze verklaring schijnt genoegen te zijn genomen, en wij mogen haar dus aannemen als de uitdrukking der bedoeling van die woorden, terwijl overigens de zaak zelve ook voldoende volgt uit art. 1727 en v. B. W.

168. Ten aanzien der vraag, door en tegen wien de regtsvordering tot tenietdoening eener schenking kan worden ingesteld, zegt art. 1729 *b* B. W.: „die regtsvordering kan niet worden aangelegd door den schenker tegen de erfgenamen van den begiftigde, noch door de erfgenamen van den schenker tegen den begiftigde, ten ware, in dat laatste geval, de regtsvordering reeds door den schenker ware aangevangen of deze binnen het jaar van de ten laste gelegde daad mogt zijn overleden."

169. Wat nu vooreerst het regt van vorderen betreft, zoo kan omtrent den schenker zelven geen twijfel bestaan; doch aan zijne erfgenamen geeft art. 1729 *b* dit niet onbepaald, maar alleen in het geval dat de schenker binnen het jaar na de ten laste gelegde daad is overleden. De wet schijnt hun dat regt ook nog in een ander geval te geven, wanneer namelijk de regtsvordering reeds door den schenker is aangevangen; maar dan komt het niet meer te pas, dat de erfgenamen haar *aanleggen*; zij behoeven het regtsgeding dan slechts te hervatten, wanneer het door den dood des schenkers is geschorst, en dat regt van hervatting of voortzetting van het geding zou hun ook zonder zoodanige bepaling wel niet betwist zijn. Men schijnt daarom overeenkomstig de bedoeling des wetgevers liever te moeten zeggen, dat de regtsvordering, in art. 1729 *b* bedoeld, kan worden ingesteld door den schenker en, zoo hij binnen het jaar na het ontstaan der oorzaak van herroeping overleden is, door zijne erfgenamen, die in elk geval bevoegd zijn tot het voortzetten der reeds door hem ingestelde vordering.

170. De wet spreekt van het overlijden van den schenker binnen het jaar van de te last gelegde daad. Wij zeiden daarvoor, omdat er niet altijd juist eene bepaalde daad gepleegd wordt: binnen het jaar na het ontstaan der oorzaak van herroeping. Men merke toch

(1) Voorduin, V, bl. 351.

wel op, dat hier geen sprake is van bekendheid dier daad of oorzaak aan den schenker, gelijk in art. 1729 *a*. Er bestaat daarom geene reden, en men is mitsdien ook niet geregtigd, om beide leden in dien zin met elkander in verband te brengen en het een uit het ander aan te vullen, dat de erfgenamen ook dan bevoegd zouden zijn, wanneer de schenker overleed binnen een jaar, nadat hij van de oorzaak kennis droeg (1). Voor den schenker zelven moge dan de regtsvordering nog niet vervallen zijn, al was sedert de daad zelve ook meer dan een jaar verloopen, daaruit kan niet volgen, dat er ook voor zijne erfgenamen gelijke bevoegdheid zou bestaan, wanneer hunne bevoegdheid door de wet niet met die van den schenker zelven wordt gelijk gesteld, maar binnen eigene grenzen bepaald is afgebakend (2). Men bedenke ook, dat de vraag, of de daad den schenker bekend is geweest of heeft kunnen zijn, na zijn' dood moeijelijk beslist zou kunnen worden.

171. Ik sprak zoo even van de regtsvordering, in art. 1729 *b* bedoeld. Daar wordt namelijk, blijkens het verband met het eerste lid, 'twelk verwijst naar art. 1728, dat zelf weer op art. 1727 terugwijst, bepaaldelijk gesproken van de regtsvordering tot tenietdoening der schenking wegens de in art. 1725, 2° en 3° genoemde oorzaken, gelijk ook de bepaling van art. 957 C. N., blijkens het eerste lid, alleen ziet op la demande en révocation pour cause d'ingratitude. Men zegge ook niet, dat de bepaling, hoezeer voor een bepaald geval gemaakt, naar de bedoeling des wetgevers algemeen moet worden opgevat; daar uit de aanmerkingen, in der tijd door het Tribunat gemaakt, inderdaad blijkt, dat men haar tot de herroeping wegens ondankbaarheid wilde beperken (3), en dit eveneens voortvloeit uit de geschiedenis der beraadslagingen over art. 1729 B. W. (4).

172. Maar zal men nu bij het stilzwijgen der wet aan de erfgenamen van den schenker de bevoegdheid ontzeggen, om de tenietdoening der schenking wegens niet-vervulling der voorwaarden te vorderen, of zal men hun die bevoegdheid toekennen, en dan onder welke bepaling? Voor de ontzegging dier bevoegdheid zal men zich wel niet kunnen beroepen op het Romeinsche regt, hetwelk den erfgenamen in het algemeen die bevoegdheid onthield (5); behalve toch

---

(1) Verg. DURANTON, VIII, n. 562, in f.; ZACHARIAE, III, § 708, bl. 165, n. 14. — (2) Minder juist schijnt daarom wat mr. B. J. GRATAMA in zijne belangrijke verhandeling over den invloed van het proces op het materiële regt, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, I, bl. 420, zegt, dat de gevolgen, die art. 1729 *b* aan den dood des schenkers toekent, worden opgelost in eene eenvoudige toepassing van art. 1729 *a*. — (3) Zie *Conf. du C. C.*, IV, bl. 281. — (4) Zie VOORDUIN, V, bl. 355. — (5) Zie l. 1, 7, 10 C. *de revocandis donat.* (VIII, 56). Verg. v. SAVIGNY, IV, bl. 231 en v.

dat de wetgever daarvan in art. 1729 *b* bepaaldelijk is afgeweken, heeft ook het Romeinsche regt in het algemeen bij ons geen kracht van wet. Even weinig zal men zich kunnen beroepen op art. 1729 *b*, 'twelk voor de daar bedoelde oorzaken van herroeping den erfgenamen schijnbaar de bevoegdheid, behoudens uitzonderingen, ontzegt, maar inderdaad haar onder zekere beperking toekent, doch 'twelk in geen geval iets beslist omtrent de herroeping wegens de daar niet bedoelde oorzaak. Mij komt daarom de bevoegdheid der erfgenamen wel aannemelijk voor (1). Ik zie toch geene reden om het regt van herroeping, dat art. 1729 *b* in de daar bedoelde gevallen tot de erfgenamen uitstrekt, in het ander geval als tot den persoon des schenkers beperkt te beschouwen. Meer reden zou er voor het tegenovergestelde bestaan; vooreerst omdat uit de vergelijking van art. 1726 met art. 1727, 1728 en 1729 *a* blijkt, dat de wetgever de herroeping wegens niet-vervulling der voorwaarden met een gunstiger oog heeft beschouwd, dan die wegens ondankbaarheid, en ten anderen omdat deze laatste oorzaak veelmeer dan gene den persoon des schenkers betreft, en aanleiding geeft om te zeggen: si ipse qui hoc passus est tacuerit, silentium ejus maneat semper, et non a posteritate ejus suscitari concedatur. En wanneer nu evenwel wegens deze oorzaak ook de erfgenamen, hoezeer dan met eenige beperking, bevoegd zijn verklaard, dan bestaat er, mijns bedunkens, alle reden, om hen ook wegens de andere oorzaak bevoegd te achten en aan het stilzwijgen der wet te dezen aanzien die uitlegging te geven, dat hunne bevoegdheid in dezen even algemeen is als die des schenkers en door geene beperking ingekort.

173. Ten aanzien der vraag, tegen wien de regtsvordering moet of kan worden ingesteld, zegt art. 1729 *b* B. W., weder met betrekking tot de herroeping wegens ondankbaarheid, dat zij niet kan worden aangelegd door den schenker tegen de erfgenamen van den begiftigde. Wanneer deze dus sterft vóórdat er eene regtsvordering is ingesteld, dan is geene herroeping mogelijk. Maar zoo er eene regtsvordering tegen den begiftigde is aangevangen, kan zij tegen de erfgenamen als zijne opvolgers worden voortgezet. Geene enkele wetsbepaling belet dit, bepaaldelijk niet art. 1729 *a*, 'twelk ook te dezen aanzien alleen van het aanleggen der regtsvordering spreekt; en dat het tegendeel niet blijkt uit hetgeen daar volgt omtrent de erfgenamen van den schenker (2), meen ik na het daaromtrent gezegde gerust te mogen aannemen (3).

---

(1) Zie ook V. ASSEN, § 397, bl. 434. — (2) Zoo GRATAMA, t. a. p., bl. 419. — (3) Van hetzelfde gevoelen zijn TOULLIER, V, n. 337; DURANTON, VIII, n. 462; ZACHARIAE, III, § 708, bl. 165 en n. 17.

174. Bestond art. 1729 *b* niet, dan zou volgens den algemeenen regel de regtsvordering ook tegen de erfgenamen van den begiftigde kunnen worden ingesteld, zoo deze viel in de termen van art. 1725, 2° of 3°. Die bepaling werkt dus ook alleen binnen den kring, waartoe zij is beperkt; uit hoofde van niet-vervulling der voorwaarden kan alzoo de regtsvordering evenzeer tegen de erfgenamen als tegen den begiftigde worden ingesteld, en zulks niet alleen wanneer de niet-vervulling aan dezen, maar ook wanneer zij aan gene te wijten was.

175. De regtsvordering ter zake der gevallen van art. 1725, 2° 3° vervalt, volgens art. 1729 *a* B. W., na verloop van een jaar, te rekenen van den dag waarop de daadzaak, die daartoe grond geeft, heeft plaats gehad en aan den schenker bekend heeft kunnen zijn. Art. 1835 Wetb. van 1830 sprak, even als art. 957 C. N., van den dag waarop die daadzaak heeft plaats gegrepen *of* den dag waarop de schenker daarvan kennis zou hebben kunnen dragen. Dat *of* was zeker minder gepast; maar om dat te vermijden had korter gesproken kunnen worden van den dag waarop het feit, dat grond tot de regtsvordering geeft, aan den schenker heeft kunnen bekend zijn.

176. Misschien heeft de wetgever het stilzitten van den schenker gedurende dat tijdsverloop als een bewijs van stilzwijgende kwijtschelding beschouwd (1), waarop men later niet moest kunnen terugkomen. Misschien ook heeft hij slechts daarom die bepaling gemaakt, omdat den schenker aldus de noodige ruimte voldoende was gelaten en eene meer langdurige bevoegdheid den eigendom zonder noodzaak onzeker zou laten. Hoe dit zij, het zal wel niet twijfelachtig wezen, dat de regtsvordering evenzeer vervallen kan door eene uitdrukkelijke kwijtschelding, door den schenker gegeven ter zake van datgene waarop zij zou worden gegrond; maar zij schijnt ook door eene stilzwijgende kwijtschelding te kunnen vervallen, mits die van zoodanigen aard zij, dat eene latere regtsvordering daarmede onbestaanbaar geacht mag worden (2).

177. De bepaling van art. 1729 *a* is in' zoo ver algemeen, dat zij geldt voor al de gevallen, in art. 1725, 2° en 3° begrepen (3), en tegen allen, die op grond daarvan eene regtsvordering konden instellen. Zij geldt ook tegen minderjarigen en ten aanzien van echtgenooten, die elkander vóór het huwelijk begiftigd hebben; de bepalingen toch omtrent de oorzaken, die de verjaring schorsen, blijven

(1) TOULLIER, V, n. 335; DURANTON, VIII, n. 560; ZACHARIAE, III, § 708, bl. 166. — (2) Verg. DURANTON, VIII, n. 561; ZACHARIAE, III, § 708, bl. 166. — (3) Verg. MALLEVILLE, II, bl. 482.

hier, waar van geene eigenlijke verjaring sprake is, buiten toepassing (1).

178. Zij geldt voorts ook ten aanzien der erfgenamen van den schenker, wanneer deze regt van vordering hebben, doordien de schenker binnen het jaar na het ontstaan der oorzaak van herroeping is overleden; met dien verstande, dat ook voor hen de regtsvordering vervalt na verloop van een jaar, sedert den dag, waarop die oorzaak aan den schenker bekend heeft kunnen zijn, en zij haar in dit geval dus slechts zullen kunnen instellen gedurende den tijd, die van dat jaar nog overig is. Is de schenker overleden, zonder dat de grond tot herroeping hem bekend is geworden, dan zal de termijn van een jaar ook voor de erfgenamen moeten aanvangen te loopen op den dag, waarop zij daarvan kennis hebben kunnen bekomen. Art. 1729 *b* toch regelt hunne bevoegdheid tot zoodanige regtsvordering, en waar zij die bevoegdheid hebben, daar moet, — zoo men op hunne regtsvordering niet den gewonen termijn van verjaring wil toepassen, wat zeker geheel onaannemelijk zou wezen, daar hun wel geen langer termijn zal zijn toegekend dan den schenker zelven — hetgeen het eerste lid omtrent het vervallen der vordering ten aanzien van den schenker zegt, op hen worden overgebragt, zonder dat er grond bestaat om hunne regtsvordering in elk geval tot den termijn van een jaar na het ontstaan der oorzaak van herroeping te beperken (2).

179. Art. 1729 *a* ziet voorts almede alleen op de herroeping wegens ondankbaarheid. Omtrent de herroeping der schenking wegens niet-vervulling der voorwaarden bestaat zoodanige bepaling niet. Bij de beraadslaging werd in overweging gegeven, ook hier den gewonen regel niet te volgen, maar de regtsvordering tot een korter tijdperk te bepalen, en wel tot een jaar na het tijdstip, waarop de voorwaarde had behooren vervuld te zijn. De Regering was echter van eene andere meening en begreep, dat hier dezelfde reden bestaat als bij koop van een onroerend goed; de kooper, die door de overschrijving van de voorwaarden kennis heeft gedragen, zal, zoolang de tijd tot verjaring duurt, gevaar loopen om van zijn eigendom te worden ontzet; en nu bestond er, meende zij, geene denkbare reden om den verkrijger titulo gratuito meer te bevoordeelen dan den verkrijger titulo oneroso (3). Wat hiervan zijn moge, zooveel is zeker, dat, bij gebreke van bijzondere bepaling deswege, die regtsvordering slechts onderworpen is aan de gewone dertigjarige verjaring (4).

---

(1) ZACHARIAE, III, § 708, bl. 166 en n. 19, 20. — (2) Verg. DURANTON, VII, n. 562; ZACHARIAE, III, § 708, bl. 165 en v. en n. 18. — (3) VOORDUIN, V, bl. 355 en v. — (4) VERNEDE, op art. 1726 B. W.; DURANTON, VIII, n. 552.

180. Door de herroeping wordt, volgens de uitdrukking van art. 1725 B. W., de schenking te niet gedaan; de partijen worden dus, voor zoo ver dit mogelijk is, in denzelfden stand gebragt, alsof er geene schenking had plaats gehad. Dit geldt in het algemeen, onverschillig uit welken hoofde de herroeping is geschied; maar in de toepassing, bepaaldelijk met het oog op derden, die van den begiftigde eenig regt op de geschonkene zaak hebben bekomen, heeft de wet onderscheid moeten maken tusschen de herroeping wegens niet-vervulling der voorwaarden en die wegens ondankbaarheid, voor zoo ver namelijk die derden, in het eerste geval met de gestelde voorwaarden bekend kunnende zijn, ook de mate van zekerheid van hun regt daarnaar hebben kunnen beoordeelen, maar in het ander geval geene reden hadden om eene herroeping te duchten.

181. In geval van herroeping wegens niet-vervulling der voorwaarden blijft het geschonkene, volgens art. 1726 *a* B. W., aan den schenker of kan hij het terugvorderen. De PINTO en SCHÜLLER stellen, dat het eerste te pas komt bij eene opschortende, het laatste in geval eener ontbindende voorwaarde (1); deze voorstelling is echter minder juist, omdat bij niet-vervulling eener opschortende voorwaarde de schenking van zelf vervalt en geene herroeping behoeft, en eveneens bij de eigenlijke ontbindende voorwaarde geene herroeping noodig is. De zin der door onzen wetgever, met afwijking van art. 954 C. N. en art. 1733 Wetb. van 1830, gebezigde woorden komt mij voor eenvoudig deze te zijn, dat de schenker het geschonkene onder zich blijft houden, zoo hij het nog niet geleverd heeft, en dat hij het kan terugvorderen, wanneer hij zich daarvan reeds door levering heeft ontdaan.

182. De schenker kan het geschonkene in dit geval terugvorderen met de vruchten en inkomsten, door den begiftigde sedert zijne nalatigheid genoten. Het Ontwerp van 13 Februarij 1833, waarin hiervan voor het eerst sprake was, gaf dit regt in het algemeen ten aanzien der vruchten en inkomsten bij den begiftigde genoten. Zoo onbepaald gesteld werd dit onbillijk geacht, naar het schijnt, bepaaldelijk met het oog op voorwaarden, welke successievelijk en op verschillende tijden kunnen en moeten worden gepresteerd; en men begreep, dat geene vruchten gevorderd moesten kunnen worden, dan die sedert de niet-vervulling zijn genoten (2). Zoo is het dan nu ook bepaald; maar mogelijk meer algemeen dan men zich voorstelde. Ge-

---

(1) DE PINTO, II, § 941, 1, bl. 461; 3e uitg. § 1001, 1, bl. 572; SCHÜLLER, op art. 1726 B. W. — (2) VOORDUIN, V, bl. 353 en v. Het voorbeeld, door DE PINTO t. a. p. aangevoerd, ziet ook op zoodanige voorwaarde van prestatiën op verschillende tijden.

steld toch, dat de voorwaarde bestaat in iets, dat eerst tien jaren na de schenking en de levering van het geschonkene behoeft verrigt te worden, dan zal de begiftigde nu, — misschien wel niet naar de bedoeling des wetgevers, althans niet wegens de opgegeven reden, maar toch zeer zeker volgens de bepaling zelve der wet — de vruchten, gedurende die tien jaren genoten, niettegenstaande de niet-vervulling en de herroeping der schenking uit dien hoofde, blijven behouden.

183. Men zal voorts bepaaldelijk moeten denken aan vruchten, door eigen genot en aan inkomsten op andere wijze genoten. In allen gevalle behoeft slechts het genotene te worden teruggegeven, niet al wat genoten had kunnen worden.

184. Het geschonkene kan worden teruggevorderd vrij van alle lasten en hypotheken, welke daarop door den begiftigde mogten gelegd zijn. De schenker heeft daarop regt, en derden, die, op welke wijze ook, eenig zakelijk regt (last of hypotheek) op het goed bekomen hebben, waarvan zij nu verstoken worden, kunnen wel deswege van den begiftigde vergoeding vorderen van kosten, schaden en interessen, maar geene aanspraak maken op handhaving tegenover den schenker, omdat zij met de voorwaarde en daardoor tevens met de onzekerheid van hun regt bekend konden zijn (1). Men heeft hier toch blijkbaar te denken aan een onroerend goed, waarop eenig zakelijk regt is gegeven, maar hetwelk dan ook niet op den begiftigde kon overgaan dan door overschrijving der akte, waarin ook de voorwaarden moesten vermeld zijn.

185. De wetgever heeft zich daarbij voorgesteld, dat het goed zelf in handen van den begiftigde is gebleven. Voor het tegenovergesteld geval geldt art. 1726 *b*; de schenker kan dan tegen den derden houder dezelfde regten uitoefenen, als tegen den begiftigde zelven. Hij *behoeft* dit niet, en de begiftigde kan hem niet op dien derde afwijzen, hij *kan* slechts ook van dezen het goed opvorderen, zoo hij dit liever wil dan zijne vordering tegen den begiftigde zelven te rigten. De vordering tegen den derde is bovendien onderworpen aan de verjaring, in art. 2000 B. W. omschreven (2).

186. Er is beweerd, dat die derde het gevolg der herroeping zou kunnen voorkomen, door zelf de vervulling der voorwaarden aan te bieden (3); maar ik zie niet, op welken grond hij zoodanig regt zou kunnen doen gelden tegenover den schenker, die zijnerzijds slechts gebruik maakt van een regt, dat de wet hem geeft. De begiftigde zelf zou, gelijk wij vroeger reeds opmerkten, door eene latere ver-

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 354; DE PINTO, t. a. p. — (2) DURANTON, VIII, n. 553. — (3) ZACHARIAE, III, bl. 707 *bis*, bl. 165 en n. 7.

vulling de herroeping niet kunnen ontgaan, maar is dit zoo, dan kan de derde het zeker nog minder.

187. De schenker kan tegen dezen dezelfde regten uitoefenen als tegen den begiftigde zelven. Hij kan dus ook van hem de vruchten vorderen, door hem genoten sedert de nalatigheid des begiftigden. Vroeger genoten vruchten kan hij van den derde even weinig als van den begiftigde vorderen; vruchten, later, vóór de overdragt aan den derde, door den begiftigde genoten, kan hij niet van den derde, maar slechts van den begiftigde zelven terugeischen.

188. Art. 1726 *b* geeft dat regt van vordering tegen derden uitdrukkelijk alleen wegens onroerende zaken; met betrekking toch tot roerende goederen geldt het bezit als volkomen titel, komt geene overschrijving te pas, kon een derde de voorwaarden niet kennen, verbonden aan het regt van hem, aan wien hij het zijne ontleende, en moest dus de derde tegen alle aanspraken gewaarborgd zijn. Maar dit belet des schenkers vordering tegen den begiftigde zelven niet, die als zoodanig na de herroeping der schenking het goed aan hem terug moet geven, en, zoo hij zich daartoe buiten de mogelijkheid heeft gesteld, verpligt is tot vergoeding van kosten, schaden en interessen volgens art. 1272 B. W.

189. Wanneer de schenking ter zake van ondankbaarheid herroepen wordt, wegens de oorzaken in art. 1725, 2° en 3° vermeld, dan moet de begiftigde eveneens, volgens art. 1728 *a* B. W., de geschonkene zaak, gesteld dat hij die ontvangen heeft, teruggeven; of wel, zoo de zaak zelve vervreemd is, de waarde, die zij had op het tijdstip der regtsvordering, hetzelfde tijdstip, waarop de schenker regt had haar, zoo als zij zich dan bevindt, terug te ontvangen, — een regt, waarin de omstandigheid, dat het goed vervreemd is, hem niet mogt verkorten (1).

190. De wet spreekt in het algemeen van vervreemden, en het is dus onverschillig, of de zaak om niet vervreemd is of verkocht. Hij had de vrije beschikking over het goed en kon het geldig vervreemden, zonder dat de schenker op die vervreemding kan terugkomen. Maar ook in het eerste geval moet hij de waarde geven; dat hij zelf die niet ontvangen heeft, is een gevolg zijner daad en gaat zijn' schenker niet aan. Doch hij is die waarde slechts verschuldigd, wanneer hij de zaak zelve niet kan geven, omdat hij haar vervreemd heeft; is zij op eene andere wijze, buiten zijne schuld, voor hem verloren gegaan, dan is hij daartoe niet verpligt, maar is zijne verbindtenis overeenkomstig art. 1480 B. W. vervallen.

191. In beide gevallen, hetzij de zaak zelve wordt teruggegeven

(1) Verg. TOULLIER, V, n. 326; ZACHARIAE, III, § 708, bl. 167, n. 26.

of hare waarde, moet de begiftigde, volgens art. 1728 *a*, tevens teruggeven de vruchten en inkomsten, te rekenen van den dag der regtsvordering. Tot zoo lang genoot hij die vruchten en inkomsten krachtens zijn regt op de zaak,. dat hij eerst ten gevolge dier regtsvordering verloor en niet door de daad zelve, waarop deze gegrond was; die wel regt van herroeping gaf, maar zelve de schenking niet te niet deed gaan (1). Men schijnt voorts bij het stilzwijgen der wet in het eerste geval ook hier slechts aan genotene vruchten te moeten denken, en voor het tweede geval, wanneer hij de waarde der vervreemde zaak teruggeeft, aan de waarde van zoodanige vruchten, die hij geacht moet worden zonder die vervreemding te hebben zullen genieten.

192. De wetgever heeft teregt hier voor het belang van derden gezorgd, die het gevaar eener herroeping wegens ondankbaarheid niet even als dat eener herroeping wegens niet-vervulling der voorwaarden konden vooruitzien, en daarom veilig met den begiftigde moesten kunnen handelen (2). Maar hij heeft tevens den schenker een middel aan de hand gegeven om nog den waren stand der zaak bekend te maken, en daardoor zijn regt op het geschonkene tegen latere handelingen tusschen den begiftigde en derden te waarborgen. Hij kan namelijk den eisch tot tenietdoening der schenking doen inschrijven naast de inschrijving der akte van schenking, waardoor de eigendom van het geschonkene op den begiftigde overging. Art. 1727 B. W. spreekt van „inschrijving van den eisch," terwijl art. 958 C. N. spreekt van „inscription de l'extrait de la demande," wat in art. 1736 Wetb. van 1830 was nagevolgd. Men vindt geene reden opgegeven voor die verandering der redactie; en nu komt het mij voor, dat, hoezeer eene overschrijving van den geheelen eisch meer regelmatig geacht mag worden, evenwel ook de inschrijving van een uittreksel voldoende zal zijn, wanneer het maar de strekking van den eisch genoegzaam omschrijft, en alzoo aan het oogmerk, dat men zich daarmede voorstelt, voldoet. Voor het overige is die inschrijving natuurlijk alleen mogelijk ten aanzien van zoodanige goederen, tot wier levering eene overschrijving in de registers vereischt wordt (onroerende goederen en schepen); maar, zoo het middel al niet voor alle voorwerpen helpt, — voor zoo ver het mogelijk is, kan ieder nu uit het register, dat den begiftigde als eigenaar doet kennen, tevens den aard van zijn eigendomsregt vernemen, even alsof de overgeschrevene akte van schenking zelve deswege uitspraak deed.

193. En nu wordt dan, volgens art. 1727 B. W., door de herroeping geen hinder toegebragt aan de vervreemding der geschonkene

(1) TOULLIER, V, n. 340. — (2) DE PINTO, II, § 942, bl. 462; 3e uitg. § 1002, bl. 573; TOULLIER, V, n. 323.

zaak, of aan de hypotheken of andere zakelijke lasten, welke de begiftigde daarop gelegd heeft, vóórdat die inschrijving van den eisch op de registers heeft plaats gehad. De schenker verliest daardoor zijn regt van herroeping niet, maar hij kan daarom derden niet verkorten in het regt, dat op hen wettig is overgedragen. Hij heeft nu slechts aanspraak op den begiftigde tot betaling der waarde van het vervreemde goed, gelijk wij zagen, met de vruchten en inkomsten; en voor zoo ver het goed niet vervreemd, maar met zakelijke regten bezwaard is, volgens art. 1728 *b* B. W., tot schadeloosstelling voor de hypotheken en andere lasten, waarmede de onroerende zaken door dezen zijn bezwaard. Dit laatste, waaromtrent de C. N. zwijgt, is door onzen wetgever teregt aldus bepaald, omdat de schenker evenveel aanspraak heeft op zoodanige schadeloosstelling, als op de waarde van het vervreemde (1).

194. Alle vervreemdingen, hypotheken of andere zakelijke lasten, welke later dan die inschrijving door den begiftigde zijn gedaan of gevestigd, zijn, volgens art. 1727 B. W., nietig, indien namelijk ten gevolge der herroeping de eisch wordt toegewezen. Deze geheele bepaling bevat de C. N. niet. Onze wetgever achtte haar dan ook niet noodig om de nietigheid dier latere vervreemdingen enz. buiten twijfel te stellen, die toch wel met genoegzamen grond kon worden afgeleid uit de bandhaving der vervreemdingen enz., welke vóór de inschrijving geschied zijn. Maar men heeft willen doen uitkomen, dat die nietigheid alleen in het belang van den schenker is uitgesproken, zoo dezen de eisch wordt toegewezen en hij dus het goed vrij en onbezwaard kan terugvorderen; terwijl, zoo de eisch niet wordt toegewezen, maar de schenking gehandhaafd, dan de inschrijving van den eisch geen middel zal zijn in de hand van den begiftigde of van den derde, die met hem gehandeld heeft, om op grond daarvan de nietigheid dier handeling te beweren (2).

195. Niet de regtsvordering zelve dus, maar de inschrijving van den eisch is het punt, dat over alle handelingen tusschen den begif-

---

(1) Asser, § 817. — Art. 1728 *b* spreekt van hypotheken enz., waarmede onroerende zaken, *ook vóór de regtsvordering*, door hem mogten zijn bezwaard. Bij de beraadslaging werd aangemerkt, dat het woord *ook* niet slechts overbodig scheen te zijn, maar ook een verkeerden zin op te leveren (Voorduin, V, bl. 355). Die aanmerking bleef echter zonder gevolg. Ik zou liever de woorden „ook vóór de regtsvordering" in hun geheel overbodig achten, en min gepast tevens, omdat niet de regtsvordering, maar de inschrijving van den eisch over de geldigheid of onwaarde der verleende regten beslist; maar ik geloof, dat die woorden alleen zijn gebezigd om allen twijfel uit te sluiten, of misschien de begiftigde niet aansprakelijk zou zijn voor lasten, door hem op het goed gelegd, toen hij nog volkomen eigenaar en zijn regt onbetwist was. — (2) Asser, § 816; Vernede, op art. 1727 B. W.

tigde en derden beslist. Voor zoo ver die inschrijving bij gebreke van overschrijving der akte van schenking zelve onmogelijk is, en dus ten aanzien van goederen, voor wier overdragt zoodanige overschrijving niet gevorderd wordt, bestaat ook zoodanig punt niet; derden zijn dus bij voortduring veilig, wanneer zij met den begiftigde handelen, zoolang deze in het bezit van het geschonkene is. Art. 1727 B. W. beslist dit, mijns bedunkens; want de inschrijving, zij moge dan al onmogelijk zijn, ontbreekt in allen gevalle en heeft geen plaats gehad. ZACHARIAE beweert, dat dan de herroeping ook tegenover derden terugwerkt tot den dag der regtsvordering; hij neemt dit zelfs als den regel aan, waarop de handhaving van handelingen tot aan de bedoelde overschrijving ten aanzien der daarvoor vatbare voorwerpen eene uitzondering zou maken (1). Maar deze bewering mist, mijns bedunkens, allen grond en is in strijd met de wet. Dezelfde reden, die de handelingen, in den aanhef van art. 1727 bedoeld, deed in stand houden, zoo zij vóór de inschrijving plaats hadden, geldt ook voor de verdere handhaving dier handelingen ten aanzien van voorwerpen, ten opzigte waarvan zoodanige kennisgeving onmogelijk was; maar zoo men in het algemeen ook tegen derden eene terugwerkende kracht tot den dag der regtsvordering had bedoeld, dan was er wel geene reden om daarop eene uitzondering te maken ten aanzien van onroerende goederen, bij wier behoud de schenker toch veel meer belang heeft en in wier bezit hij daarom ook des te eerder moest gehandhaafd worden. Ten opzigte van roerende goederen geldt bovendien, volgens art. 2014 *a* B. W., het bezit als volkomen titel; ook uit dien hoofde kan er te dien aanzien van geene terugwerkende kracht sprake zijn, maar zijn derden door hun bezit tegen alle aanspraken van den schenker beveiligd.

---

(1) ZACHARIAE, III, § 708, bl. 166 en v., n. 24.

TWAALFDE TITEL.

Van bewaargeving.

AFDEELING I.

Van bewaargeving in het algemeen, en van derzelver verschillende soorten.



§ 1.

Inleiding.

196. Er zijn, volgens art. 1732 B. W., twee soorten van bewaargeving: de eigenlijk gezegde en de sequestratie. Van de eerstgenoemde, welke weder onderscheiden wordt in vrijwillige bewaargeving en die uit noodzaak, wordt in de tweede, van de sequestratie, die óf bij overeenkomst óf op regterlijk bevel plaats heeft, in de derde afdeeling van dezen titel gehandeld. Beide zijn soorten van één geslacht — in art. 1915 C. N., even als in het opschrift dezer afdeeling, *bewaargeving in het algemeen* genoemd (1); — beider strekking toch is in de hoofdzaak dezelfde, en ook de sequestratie is eene soort van bewaargeving, al is dan ook de bewaring hier door bijzondere omstandigheden noodzakelijk gemaakt, en zij niet altijd het gevolg van de vrije overeenkomst van partijen.

197. Dit mag dan ook wel mede eene reden zijn, waarom niet,

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 357.

gelijk in art. 1493 van koop en verkoop, in art. 1577 van ruiling, in art. 1584 en v. van huur en verhuur, in art. 1655 van maatschap, in art. 1703 van schenking, in art. 1777 van bruikleening, in art. 1791 van verbruikleening, in art. 1807 van het vestigen eener altijddurende rente, in art. 1829 van lastgeving, in art. 1857 van borgtogt, in art. 1888 van dading, — zoo ook in art. 1731 van bewaargeving gezegd wordt, dat zij is eene overeenkomst, maar slechts dat zij *plaats heeft*, *wanneer* men het goed van een' ander aanneemt onder de voorwaarde van het te bewaren en in natura terug te geven. Art. 1915 C. N. noemt zoo ook de bewaargeving niet un contrat, maar meer algemeen un acte (1). Vooral echter schijnt die uitdrukking ook in verband te staan met de bepaling van art. 1734 B. W.

198. Hetgeen art. 1731 B. W. van bewaargeving zegt, past eigenlijk meer voor bewaarneming (2) en ziet meer op hem, die het goed van een' ander ter bewaring aanneemt, dan op hem, die het in bewaring geeft. Het woord „bewaarneming" vindt men wel is waar in dezen titel niet gebezigd, maar bij herhaling wordt er gesproken van den bewaarnemer, en wordt deze tegenover den bewaargever gesteld. Bewaargeving kan dan ook slechts plaats hebben, waar bewaarneming plaats heeft.

Bij de beraadslaging werd in bedenking gegeven, om even als in het opschrift van den vijfden en den zevenden titel van koop en verkoop en van huur en verhuur, zoo ook hier te spreken van bewaargeving en bewaarneming (3). Hetgeen de Regering hierop antwoordde betrof meer het Romeinsche regt, hetwelk slechts de actio depositi kende, en die aan den bewaarnemer gaf onder den naam van actio depositi contraria. Bij ons mogen beide partijen niet hetzelfde belang bij de bewaargeving hebben, dit neemt niet weg, dat deze, eenmaal plaats hebbende, aan beide zijden evenzeer regten en verpligtingen en regt van vordering oplevert (4). De ware reden, waarom, zoo hier als ook bij andere overeenkomsten, niet gelijk bij koop en verkoop en bij huur en verhuur, eene dubbele benaming gebezigd wordt, ligt mijns bedunkens niet in den onderscheiden aard der overeenkomsten en de daaruit voortspruitende regtsvorderingen, maar in den invloed van het voorbeeld, door het Romeinsche regt gegeven.

199. Wij zullen hiermede terstond overgaan tot de beschouwing der eigenlijk gezegde bewaargeving, wier verschil van de sequestratie, even als bij huur en verhuur van goederen en van diensten, werk en nijverheid, eene afzonderlijke behandeling van beide noodzakelijk

(1) Duranton, XVIII, n. 2. — (2) Voorduin, V, bl. 356. — (3) Voorduin, V, bl. 356 en v. — (4) Verg. ook de Pinto, II, § 947, bl. 464; 3e uitg. § 1007, bl. 575.

maakt, waardoor het minder gepast voorkomt over bewaargeving in het algemeen hier meer in bijzonderheden te treden (1).

AFDEELING II.

Van eigenlijk gezegde bewaargeving.

§ 2.

Begrip van bewaargeving.

200. Bewaargeving is eene overeenkomst, waarbij de een zich verbindt om eenig roerend goed, hem door den ander in bewaring gegeven, voor dezen te bewaren en op aanvrage terug te geven.

201. Bewaargeving is eene overeenkomst, waartoe dus, even als tot iedere andere overeenkomst, de overeenstemmende wil van beide partijen gevorderd wordt. Dit geldt zoowel van de zoogenaamde bewaargeving uit noodzaak, als van de vrijwillige (2); eene onderscheiding, waarop wij straks terugkomen. Maar de wet schrijft geene bijzondere vormen voor, wier inachtneming noodig zou zijn tot de bestaanbaarheid der overeenkomst; deze kan, gelijk ook uit art. 1737 B. W. blijkt, zoowel zonder geschrift als schriftelijk bestaan; ja, de overeenstemmende wil der partijen kan ook hier even als in het algemeen, zoowel stilzwijgend als uitdrukkelijk te kennen gegeven worden, wanneer maar genoegzaam blijkt, wat trouwens in ieder geval tot het bestaan der overeenkomst noodig is, dat beide eene bewaargeving bedoelden (3). En zoo kan ook de bewaargeving tot stand komen door tusschenkomst van derden, die voor den bewaargever of den bewaarnemer handelen (4).

202. Maar de overeenkomst is, volgens de bepaling van art. 1734 B. W., niet voltrokken dan door de wezenlijke of veronderstelde overgave der zaak (5). De overeenkomst zelve bestaat eigenlijk ook hier in den overeenstemmenden wil der partijen, en is daarmede als

---

(1) Dat onze wetgever eene betere orde in acht heeft genomen dan de Fransche, merkt ASSER aan § 818. Zie over onderscheidene uitdrukkingen van gelijke of verschillende beteekenis v. ASSEN, bl. 395; 2e uitg. bl. 112. — (2) ZACHARIAE, III, § 405, bl. 48 en n. 8. — (3) POTHIER, *Traité du contract de dépôt*, n. 14 en v.; DURANTON, XVIII, n. 6. — (4) DURANTON, XVIII, n. 7 en v.; TROPLONG, *Du dépôt*, n. 22. — (5) DE PINTO, II, 947, bl. 464; 3e uitg. §. 1007, bl. 574 en v.; TROPLONG, n. 5, 20.

overeenkomst voltrokken; maar zij is alleen en op zich zelve zonder overgave der zaak, die er het onderwerp van uitmaakt, geene bron van verbindtenis; hare verbindende kracht, en dus de op haar gegronde verbindtenis bestaat eerst, wanneer zij door overgave der zaak is vergezeld of gevolgd. Niet alleen, dat de wederzijdsche regten en verpligtingen van bewaargever en bewaarnemer als zoodanig eerst bestaan waar de zaak door overgave bij dezen in bewaring is gekomen; maar ook kan hij, die op zich genomen heeft eene zaak voor een' ander te bewaren, zoolang zij hem niet is overgegeven en door hem aangenomen, zich daaraan onttrekken, zonder deswege tot vergoeding van kosten, schaden en interessen verpligt te zijn, waarin toch eene verbindtenis om iets te doen, die niet bestaat, ook niet kan worden opgelost. Van wettige redenen, noodig, volgens art. 1763 B. W., voor den bewaarnemer, die zich van het in bewaring genomen goed wil ontlasten, behoeft hier geen sprake te zijn. Niet door de overeenkomst, maar eerst door de overgave ontstaat de verbindtenis, re contrahitur obligatio.

203. Art. 1734 B. W. vordert eene wezenlijke of vooronderstelde overgave. Art. 1919 C. N. zegt hetzelfde, en voegt er in het tweede lid bij, dat de veronderstelde overgave, la tradition feinte (1), voldoende is, wanneer de bewaarnemer reeds uit kracht van een anderen titel de zaak onder zich heeft, die men hem in bewaring wil laten (2). Bij de beraadslagingen over art. 1734 werd gevraagd, waarom ook hier zoodanige omschrijving niet was bijgevoegd; maar men verwees naar den titel van eigendom, art. 667 B. W., en begreep, dat er geene reden bestond om hier voor deze overeenkomst noodeloos te herhalen, wat daar in het algemeen was gezegd (3). Geheel juist schijnt echter deze voorstelling niet; art. 667 B. W. toch, 'twelk de wijze bepaalt, waarop roerende zaken geleverd worden, d. i. waarop haar eigendom wordt overgedragen, zegt in het tweede lid, dat de levering niet vereischt wordt, indien de verkrijger de zaak reeds uit kracht van een anderen titel in zijne magt heeft; dat dus in dat geval de eigendom kan overgaan zonder afzonderlijke levering. Maar hieruit mag nu kunnen worden afgeleid, gelijk er met het oog op de beraadslagingen zeer zeker uit moet worden afgeleid, dat met de vooronderstelde overgave in art. 1734 werkelijk hetzelfde is bedoeld, wat art. 1919 *b* C. N. aanduidt; — men vindt toch in art. 667 *b* geene bepaling eener vooronderstelde levering, en vooral niet van eene vooronderstelde overgave, zoo als hier is bedoeld, waarbij aan eigendomsoverdragt geheel niet te denken valt, om welke reden

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 21. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 237. Verg. POTHIER, n. 8. — (3) VOORDUIN, V, bl. 358 en v.; ASSER, § 819.

hier dan ook met opzet van overgave en niet van levering gesproken is (1).

204. De overgave, waar die noodig is, behoeft almede niet persoonlijk door den bewaargever aan den bewaarnemer te geschieden; de zaak kan ook door een' ander voor of namens genen worden aangenomen, de bewaargeving komt daarom evenzeer tusschen dezen en genen, als de wezenlijke partijen, tot stand (2).

205. De overeenkomst, eerst met de overgave bron van verbindtenis zijnde, moet met deze in verband beschouwd worden en vindt daarin haren steun. Vanhier dat niet slechts de bewaargeving geldig bestaat tusschen hem, door of voor wien in bewaring is gegeven, en hem, door of voor wien is aangenomen, wanneer de bewaargever bij vergissing aan een' ander in bewaring heeft gegeven, dan hij zich voorstelde, of de bewaarnemer van een' ander dan hij meende in bewaring aannam, in welk geval trouwens ook, volgens art. 1358 B. W., geen van beide zich op dwaling kan beroepen (3); maar dat zij ook dan bestaat, en al de regten en verpligtingen van bewaargever en bewaarnemer ten aanzien der wezenlijk in bewaring gegevene zaak ten gevolge heeft, wanneer eene der partijen meende, dat er iets anders in bewaring werd gegeven, dan wezenlijk het geval was, omdat door de overgave, in verband met de overeenkomst, die zaak inderdaad het onderwerp der bewaargeving geworden is (4).

206. Het is niet noodig, dat men eigenaar zij der zaak, die men in bewaring wil geven (5). De bewaargeving toch is geene beschikking over den eigendom der zaak; zij geeft den bewaarnemer zelfs geen regt van genot; zij betreft alleen de bewaring, waarbij ook anderen dan de eigenaar belang kunnen hebben. Bovendien bestaan er door haar slechts persoonlijke regten en verpligtingen tusschen den bewaargever en den bewaarnemer als zoodanig, met dat gevolg, dat gene het goed van dezen kan terugvorderen, zonder dat deze van hem eenig bewijs van zijn eigendomsregt kan vorderen (art. 1757 *a* B. W.), en dat hij zijnerzijds tot vergoeding der in art. 1765 B. W. bedoelde kosten verpligt is, onverschillig of hij eigenaar is of niet. Evenwel bepaalt art. 1922 C. N., dat le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée ou de son consentement exprès ou tacite. Maar deze bepaling, over wier ware strekking de uitleggers het niet volkomen eens zijn (6), en die

(1) VOORDUIN, V, bl. 359, n. IV. — (2) POTHIER, n. 7. — (3) DURANTON, XVII, n. 10; POTHIER, n. 17. Verg. TROPLONG, n. 38, die onderscheidt. — (4) DURANTON, XVIII, n. 9; POTHIER, n. 16; TROPLONG, n. 37. — (5) DURANTON, XVIII, n. 27; ZACHARIAE, II, § 402, bl. 46. — (6) DURANTON, XVIII, n. 27; TROPLONG, n. 39 en v.; ZACHARIAE, III, § 402, bl. 46 en n. 4.

door het woord régulièrement ook zelve tot dubbelzinnigheid aanleiding gaf, is door onzen wetgever weggelaten (1).

207. Ook nu ligt het echter in den aard der zaak, dat de eigenaar, die zijne zaak van iederen houder, bij wien hij haar vindt, en dus ook van den bewaarnemer, kan terugvorderen, daarin door de bewaargeving niet verhinderd wordt, die toch zijne regten niet kon verkorten; dat dus de bewaarnemer haar aan hem op zijne vordering, des noods na oproeping van den bewaargever, moet afgeven en daardoor ook tegenover den bewaargever bevrijd is, gelijk ook erkend wordt in art. 1757 *b* B. W.; en dat de bewaarnemer als zoodanig zelfs geen regt van terughouding tot aan de voldoening van het hem verschuldigde op grond van art. 1766 B. W. kan beweren tegen den eigenaar, die zijn goed opeischt, onverminderd zijne aanspraken deswege tegen den bewaargever, den eenigen, met wien hij ten gevolge der bewaargeving te maken heeft.

208. Voor het overige gelden ook hier de gewone regelen omtrent de bekwaamheid der partijen. Art. 1738 *a* B. W., volgens hetwelk vrijwillige bewaargeving slechts plaats kan hebben tusschen personen, die de bekwaamheid hebben om verbindtenissen aan te gaan, had dus even goed kunnen worden weggelaten; omdat art. 1366 B. W., voor overeenkomsten in het algemeen geldende, van zelf op deze toepasselijk is. Het werd dan ook tijdens de beraadslaging als overbodig beschouwd, maar door de Regering om het tweede lid noodzakelijk geacht (2). De bepaling van dat tweede lid gaat ook daarvan uit, dat er inderdaad geene bewaargeving plaats heeft, wanneer hij, die in bewaring gaf, onbekwaam is om verbindtenissen aan te gaan; de wet erkent in dat geval hem, die in bewaring aannam, niet als een' wezenlijk bewaarnemer, maar legt hem in het daar bedoeld geval slechts verpligtingen op, alsof hij het was: en art. 1739 B. W. spreekt wel voor het geval, dat hij, die in bewaring aannam, daartoe onbekwaam is, van een' bewaargever en een' bewaarnemer, maar toont door zijn' inhoud, dat de wet hen inderdaad niet in die betrekking erkent.

209. Wanneer iemand, die onbekwaam is om verbindtenissen aan te gaan, iets in bewaring gegeven heeft aan iemand, die daartoe wel bekwaam is, dan kan door of namens hem natuurlijk de nietigheid dier handeling worden ingeroepen (art. 1367 *a*, 1482 B. W.), behoudens zijne verpligting tot vergoeding van schaden, door den ander, voor zoo ver die als negotiorum gestor beschouwd kan werden, geleden (3).

---

(1) Asser, § 802; Lipman, bl. 519. — (2) Voorduin, V, bl. 360. — (3) Pothier, n. 5 en v.; Troplong, n. 61; Zachariae, II, § 402, bl. 46. Verg. hierboven VI, n. 1068.

De bewaarnemer kan zich echter in dat geval, volgens de algemeene bepaling van art. 1367 *b* B. W., niet beroepen op de onbekwaamheid van den bewaargever; en het blijkt dus reeds hieruit, dat hij, zoo men zich aan de andere zijde daarop niet beroept, eveneens verbonden is, als wanneer zijne tegenpartij bekwaam was geweest. Maar art. 1738 *b* B. W. bepaalt bovendien in het algemeen, dat hij aan alle verpligtingen van een wezenlijken bewaarnemer onderworpen is (1); hij heeft dus, zoolang de bewaargeving duurt, dezelfde verpligtingen als wanneer de bewaargever bekwaam was geweest, en dit vindt zelfs dan zijne toepassing, wanneer de bewaargeving wordt verklaard nietig te zijn.

210. Indien de bewaargeving door een bevoegd persoon gedaan is aan iemand, niet bekwaam om verbindtenissen aan te gaan, dan kan deze laatste natuurlijk zich alweder op de nietigheid der bewaargeving beroepen en haar doen vernietigen (2). Maar de bewaargever heeft toch, volgens art. 1739 B. W., eene regtsvordering tot teruggave der in bewaring gegevene zaak, zoolang de bewaarnemer nog in het bezit daarvan is, of, indien de zaak niet meer bij dezen berust, eene regtsvordering tot vergoeding, voor zoo ver hij daaadoor is gebaat (3); doch het regt van den bewaargever tegenover den onbekwamen bewaarnemer bepaalt zich dan tevens tot het een of het ander. Wanneer dus deze voor het bewaren der zaak niet de vereischte zorg heeft gedragen, kan hij deswege niet tot schadevergoeding worden aangesproken (4).

211. Men heeft hierop eene uitzondering willen maken voor het geval dat een minderjarige, genoegzaam begaafd met oordeel des onderscheids, dat hem zijne daad kan worden toegerekend, met opzet en te kwader trouw de in bewaring gegeven zaak had te niet gedaan of doorgebragt; en men wil, dat hij deswege tot vergoeding van kosten, schaden en interessen aansprakelijk is (5). Deze bewering komt mij echter voor aan gegronde bedenking onderhevig te zijn; niet zoozeer omdat de bewaargever het aan zich zelven te wijten heeft, dat hij zijne zaak aan een' minderjarige heeft toevertrouwd, en dezen gelegenheid gegeven om te doen, waarover hij zich nu beklaagt, — want dit zou meer ex jure constituendo dan ex jure constituto geredeneerd zijn, — maar om de bepaling der wet zelve in art. 1739 B. W. Hiertegen is aangevoerd, dat verbindtenissen voor minderjarigen voortvloeijende uit een begaan misdrijf of uit eene daad, welke aan een' ander schade heeft veroorzaakt, gelijk art. 1483 B.

(1) Troplong, n. 60. — (2) Zachariae, II, § 402, bl. 46. — (3) Voorduin, V, bl. 360. Verg. pothier, n. 6; troplong, n. 55 en v. — (4) Duranton, XVIII, n. 34; troplong, n. 54. — (5) Duranton, XVIII, n. 35; troplong, n. 58; zachariae, II, § 402, bl. 46 en n. 3.

W. het uitdrukt, niet nietig zijn, noch op hunne vordering nietig kunnen worden verklaard; doch men houdt daarbij mijns bedunkens niet genoeg in het oog, dat deze bepaling eene beperking inhoudt van die van art. 1482 B. W. en hiermede in naauw verband staat, maar dat noch haar inhoud, noch hare plaatsing eenige aanleiding geeft om daarin tevens eene beperking te zien van zoodanige bepalingen, die juist ten doel hebben om de verpligtingen van minderjarigen en andere onbekwame personen te regelen en vast te stellen Men verliest, mijns bedunkens, almede uit het oog, dat die bepaling van art. 1483 niet beperkt is tot het geval, dat de daad, met oordeel des onderscheids gepleegd, als misdrijf kan worden toegerekend, en dat dus de wijze, waarop men zijne stelling heeft beperkt, zelve eenig wantrouwen tegen deze moet doen opvatten; daar zij algemeen zou moeten zijn en gelden, zoo men haar wil gronden op de aangehaalde bepaling der wet. Men zegt voorts, dat de vordering van den bewaargever hier minder zou voortspruiten uit de overeenkomst van bewaargeving, dan uit het misdrijf, de schending der bewaargeving. Maar is dit niet meer in schijn, dan inderdaad, van eenige kracht? De vordering van den bewaargever grondt zich toch op de bewaargeving, en is tegen den bewaarnemer als zoodanig, zij het dan ook om zijne ontrouw, gerigt. Maar nu zegt art. 1739 B. W., zoo bepaald als dit mogelijk is, dat de bewaargever in het bedoeld geval slechts zoodanige regtsvorderingen tegen den bewaarnemer heeft, als daar zijn opgegeven; het maakt geen het minste onderscheid, of de bewaarnemer wegens schending der bewaargeving strafbaar is of niet, en ik meen, dat op dien grond de door ons bestredene meening geheel onaannemelijk is; terwijl zij ook uit een beroep op het Romeinsche regt wel geene kracht zal kunnen ontleenen, al was zij naar dat regt inderdaad gegrond.

212. Art. 1739 B. W. veronderstelt, dat de bewaargeving door een' bevoegd persoon gedaan is aan iemand, niet bekwaam om verbindtenissen aan te gaan; terwijl art. 1738 *b* in het geval voorziet, dat een onbekwame iets in bewaring aanneemt van iemand, die bekwaam is om verbindtenissen aan te gaan (1). Het zal wel niet twijfelachtig zijn, dat, waar beide partijen onbekwaam zijn, art. 1739 evenzeer moet gelden, hetwelk de verpligtingen van een onbekwamen bewaarnemer regelt, terwijl volgens art. 1738 *b* de onbekwaamheid van den bewaargever in de verpligtingen van den bewaarnemer geene verandering te weeg brengt (2).

213. Art. 1738 B. W. spreekt voorts bepaaldelijk van vrijwillige bewaargeving, en art. 1739 staat daarmede in het naauwst verband.

---

(1) Verg. ZACHARIAE, II, n. 402, bl. 46, n. 1. — (2) Verg. TROPLONG, n. 59.

Dit neemt echter niet weg, dat zij evenzeer toepasselijk zijn op bewaargeving uit noodzaak. Art. 1742 B. W. wijst dat voldoende aan, en het woord „vrijwillige" had dus liever in art. 1738 moeten worden weggelaten.

214. Bewaargeving kan, volgens art. 1733 *b* B. W., slechts roerende goederen tot onderwerp hebben. Ten aanzien dier goederen alleen komt zoodanige bewaring te pas, enkel met het doel om ze bij den bewaarder terug te vinden. Ten aanzien dier goederen alleen kan ook die overgave plaats hebben, die art. 1734 B. W. tot de volkomenheid der verbindtenis vordert. En daardoor is ook alleen ten aanzien van die goederen de verpligting des bewaarnemers tot bewaring en teruggave, zoo als die in dezen titel is geregeld, bestaanbaar. Sequestratie kan, volgens art. 1771 B. W., zoowel onroerende als roerende goederen ten onderwerp hebben, maar dit is niet het geval met de eigenlijk gezegde bewaargeving. Men kan wel ook een onroerend goed aan eens anders zorg toevertrouwen, maar dit stelt dan eene lastgeving, geene bewaargeving daar: en de bepalingen omtrent gene, niet die omtrent deze, moeten dan worden toegepast. En zoo men de sleutels van een gebouw, dat men aan de zorg van een' ander aanbeveelt, aan dezen overgeeft, dan zie men daarin geene overgave van het gebouw, en beroepe zich vooral daartoe niet op art. 667 *a* B. W., hetwelk, als de eigendomsoverdragt betreffende, hier volstrekt zonder toepassing is; er kan in dat geval op zijn hoogst alleen ten aanzien der sleutels van bewaargeving sprake zijn (1).

215. Maar bewaargeving kan dan ook alle soorten van roerende goederen ten onderwerp hebben, huisraad, papieren, levensmiddelen, geld enz. (2). Ten aanzien van geld en dergelijke voorwerpen is het echter noodig, dat de eigendom niet op den bewaarnemer overgaat, onder verpligting om eene gelijke hoeveelheid terug te geven, maar dat hij dezelfde voorwerpen moet teruggeven; anders toch zou het eene verbruikleening en geene bewaargeving zijn (3). De goederen kunnen voorts zoowel in een gesloten kist of onder een verzegelden omslag, als los en op zich zelve in bewaring gegeven worden (art. 1750 B. W.)

216. Het spreekt verder van zelf, dat in het algemeen bewaargeving slechts mogelijk is ten aanzien van goederen, die niet aan den bewaarnemer zelven toebehooren. Art. 1764 B. W. zegt dan ook, dat alle verpligtingen van den bewaarnemer ophouden, indien hij ontdekt en bewijst, dat hij zelf eigenaar is van het in bewaring gestelde

(1) DE PINTO, II, § 846, bl. 463; 3e uitg. § 1006, bl. 574; LIPMAN, bl. 518; SCHÜLLER, op art. 1733 B. W.; POTHIER, n. 3; DURANTON, XVIII, n. 22; TROPLONG, n. 17; PUCHTA, *Vorl.*, II, § 321, bl. 170. — (2) TROPLONG, n. 18. — (3) DURANTON, XVIII, n. 23; TROPLONG, n. 19.

goed (1). Dit geldt, wanneer de bewaarnemer onbekend was met zijn regt, of daaraan niet dacht, toen de bewaargeving plaats had; maar ook wanneer hij later eigenaar van het goed is geworden (2). Het geldt echter slechts dan, wanneer de eigenaar als zoodanig ook tot het bezit der zaak geregtigd is. Hoe algemeen art. 1764 B. W. ook luidt, het kan evenwel niet twijfelachtig zijn, dat, zoo een vruchtgebruiker eenig goed in bewaring geeft aan den eigenaar, niet alleen de bewaargeving geldig is, maar deze ook tegenover genen al de verpligtingen heeft en behoudt, zoolang het vruchtgebruik hem regt geeft op het genot en bezit der zaak (3).

217. De strekking der handeling wordt door haren naam uitgedrukt; de bewaargever geeft iets in bewaring aan den bewaarnemer, die het in bewaring neemt om het daarna terug te geven. Bewaring dus der zaak ten behoeve van iemand, die, uit welken hoofde dan ook, zelf daartoe minder in staat zijnde, haar aan een' ander opdraagt, om de zaak later wèl bewaard terug te ontvangen, is het doel der handeling, en moet, ofschoon zij juist niet het eenige behoeft te wezen, althans haar voornaamste doel zijn, zal zij eene bewaargeving wezen (4).

218. Zij houdt namelijk niet op dit te zijn, doordien de bewaarnemer iets aan de zaak verrigten moet; de bewaargeving van een paard of stuk vee sluit van zelf de zorg voor de voeding in (5); — maar wanneer de zaak eigenlijk wordt overgegeven, opdat de ander daaraan of daarmede iets zou verrigten, al werd deze daarbij ook verzocht haar tot nadere aanzegging onder zich te behouden en te bewaren, dan zou er huur van diensten of lastgeving of eene andere overeenkomst zijn, maar als bewaargeving zou men de handeling niet kunnen beschouwen (6). Eveneens houdt zij niet op bewaargeving te zijn, doordien den bewaarnemer vrijheid gegeven wordt om onder zekere omstandigheden eenig gebruik van de zaak te maken, zelfs wanneer de zaak door dat gebruik verminderd of wel geheel verbruikt zou worden; de verpligtingen des bewaarnemers zouden daarom evenwel zooveel mogelijk naar dezen titel beoordeeld moeten worden, en hij b. v. de zaak op de eerste vordering moeten teruggeven (7). Maar zoo dat gebruik hoofdzaak was, vooral zoo de bewaarnemer eenige rente moest betalen (8), al was er dan ook tevens van bewa-

---

(1) Troplong, n. 184 en v. — (2) Troplong, n. 186. — (3) Pothier, n. 4; duranton, XVIII, n. 70. — (4) Pothier, n. 9 en v.; troplong, n. 1 en v. — (5) Duranton, XVIII, n. 15; troplong, n. 32. — (6) Pothier, n. 9 en v.; duranton, XVIII, n. 12 en v.; troplong, n. 25 en v., 32; zachariae, II, § 401, bl. 45, n. 6. — (7) Duranton, XVIII, n. 24, 39; zachariae, II, § 401, bl. 45 en n. 7. Verg. pothier, n. 11. — (8) Malleville, IV, bl. 57, op art. 1917 C. N.

ring gesproken, dan zou er toch geene bewaargeving, maar bruikleening of verbruikleening bestaan.

219. De bewaring schijnt, volgens het Romeinsche regt, om niet te hebben moeten geschieden (1). Ook art. 1917 C. N. noemt bewaargeving „un contrat essentiellement gratuit"; de Fransche wetgever laat echter, blijkens art. 1928, 2° C. N., desniettemin toe, dat er loon bedongen worde, in welk geval de handeling als eene oneigenlijke bewaargeving werd beschouwd, veel hebbende van eene huur van diensten (2). Onze wetgever zegt dienaangaande in art. 1733 *a* B. W., dat bewaargeving geacht wordt om niet te zijn aangegaan, zoo niet het tegendeel is bedongen. In zoo ver kan men misschien zeggen, dat het, natuurlijk niet tot het wezen, maar toch tot de natuur of den aard der bewaargeving behoort, dat zij om niet geschiedt (3). Op zich zelf zie ik echter daarvoor geene reden, en vat niet, waarom het bedingen van loon „buyten des handelings eygenschap" zou zijn, gelijk DE GROOT zegt (4). Men zegt, dat die handeling anders geene zuivere bewaargeving, geene vriendschapsdienst zou wezen; maar het eerste belet niet, dat ze dan toch bewaargeving zij, en het laatste is nergens als een noodwendige karaktertrek van deze opgegeven. Ook in dezen blijft de bewaring altijd hoofdzaak, en gelijk zij zoowel voor loon als zonder loon kan plaats hebben, heeft mijns bedunkens het al of niet bedingen van zoodanig loon volstrekt geen' invloed op het wezen der bewaargeving en verandert deze daarom geenszins in eene huur van diensten, werk of nijverheid; waartoe men de handeling slechts dan zou kunnen brengen, wanneer, in plaats van enkele bewaring, iets aan de zaak verrigt moest worden. Dit neemt natuurlijk niet weg, dat, volgens art. 1744 B. W., de verpligtingen van den bewaarnemer met meer gestrengheid moeten worden opgevat, indien hij eenig loon bedongen heeft; hierdoor toch wordt almede in het wezen der bewaargeving geene verandering gebragt, even als ook de andere in art. 1744 opgenoemde omstandigheden daaraan niets veranderen.

De bepaling van art. 1733 B. W. kan overigens geacht worden in den aard der zaak gelegen en overbodig te zijn, of wel niets anders te zeggen, dan dat loon niet tot het wezen der bewaargeving behoort, gelijk de prijs bij koop of huur. Bij gebreke toch van wettelijke bepaling van het loon zou dit, waar partijen het niet hebben bedongen,

---

(1) L. 1, § 8, 9, D. *depos. vel contra* (XVI, 3). — (2) POTHIER, n. 13; MALLEVILLE, IV, bl. 57; DURANTON, XVIII, n. 20; TROPLONG, n. 11—16; ZACHARIAE, II, § 401, bl. 45 en n. 5, welke laatste „la gratuité" beschouwt als „une condition indispensable à l'existence du dépôt." — (3) DE PINTO, II, § 946, bl. 463; 3e uitg. § 1006, bl. 574; V. ASSEN, § 362, bl. 397. — (4) *Inleydinge*, III, 7, n. 6.

kwalijk gevorderd kunnen worden (1), al werd ook art. 1733 *a* niet in de wet gevonden.

220. Uit het vroeger gezegde volgt, dat overeenkomst en overgave beide tot eene geldige bewaargeving vereischt worden. De wet spreekt intusschen ook van bewaargeving in een bepaald geval, zonder dat eenige overgave of ook zelfs eene overeenkomst noodig is. Volgens art. 1746 B. W. zijn namelijk herbergiers en logementhouders (2) als bewaarnemers verantwoordelijk voor de goederen, welke de reizigers, die bij hen hun intrek nemen, medebrengen. Dit medebrengen alleen is voldoende om die verantwoordelijkheid te doen ontstaan. Het is daartoe niet eens noodig, dat de herbergiers en logementhouders weten, dat er goederen, en welke goederen door de reizigers zijn medegebragt; en vooral is het geen vereischte, dat deze die goederen aan hen in bewaring hebben gegeven (3). Onder deze omstandigheden heeft er dus eigenlijk geene bewaargeving plaats. In het Romeinsche regt wordt dan ook te dien aanzien van geene bewaargeving gesproken, maar de bedoelde verantwoordelijkheid op eene geheel andere plaats, in een afzonderlijken titel behandeld (4). Maar ook onze wetgever zegt niet, dat hier bewaargeving plaats heeft; hij zegt, dat herbergiers en logementhouders *als bewaarnemers* verantwoordelijk zijn. Die uitdrukking nu zou niet te pas komen, wanneer zij werkelijk bewaarnemers waren; nu echter worden zij fictione juris geacht dit te zijn (5), en als zoodanig verantwoordelijk gesteld in het belang van den reiziger, wien de bewaking van zijn goed veelal hoogst moeijelijk, zoo niet onmogelijk zou zijn, vooral ook tegen zamenspanning van den herbergier met allerlei oneerlijke personen (6).

221. Dit maakt eene nadere beschouwing van den omvang dier fictie noodig. De wet spreekt vooreerst van reizigers, die bij den herbergier of logementhouder hun' intrek nemen. Ik meen hieronder al diegenen, maar ook alleen diegenen, te moeten verstaan, die even als reizigers in eene herberg hun' intrek nemen. Aan den eenen kant worden daardoor de zoodanigen uitgesloten, die in de herberg of het logement kamers huren, om daar gedurende een geruimen tijd ver-

---

(1) Verg. Tiel 17 Nov. 1853, *R. B.*, VIII, bl. 314 en v. — (2) V. ASSEN, in *Themis*, XII, bl. 139, merkt aan, dat deze woorden zijn van dezelfde beteekenis. — (3) DE PINTO, II, § 966, 1°, bl. 466; 3e uitg. § 1026, 1, bl. 578; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1746 B. W.; TROPLONG, n. 218; ZACHARIAE, II, § 406, bl. 49 en n. 4. — (4) LIPMAN, bl. 519. Zie D. *nautae*, *caupones*, etc. (IV, 9). Verg. TROPLONG, n. 209. — (5) Namelijk ten aanzien der goederen, niet met betrekking tot het logies, dat zij aan de reizigers geven. Verg. TROPLONG, n. 211 en v. — (6) Zie hierover *C. N. et Mot.*, VI, bl. 245 en v. Verg. TROPLONG, n. 210, 216.

blijf te houden (1). Aan den anderen kant worden zoo ook zij daaronder begrepen, die, zonder reizigers te zijn, om de eene of andere reden in de plaats hunner inwoning in eene herberg gaan logeren, op gelijken voet als reizigers, met wie zij tegenover den herbergier in dezelfde betrekking staan, en met wie zij daarom ook op gelijke veiligheid aanspraak hebben.

222. De wet spreekt voorts van herbergiers en logementhouders, en hare bepaling mag niet op koffijhuishouders, tafelhouders en dergelijke worden toegepast (2). Ik zou zelfs zwarigheid maken, haar toe te passen op hen, die gestoffeerde kamers verhuren, al is het dan ook aan reizigers (3), omdat de zoodanige niet slechts geene herbergiers of logementhouders zijn, maar ook niet zoo geheel in dezelfde betrekking tot hunne huurders staan, als gene tot dezulken, die bij hen hun intrek nemen, dat hetgeen contra juris rationem ten aanzien van herbergiers is bepaald, met genoegzamen grond ook op hen mag worden toegepast.

223. De wet spreekt verder van intrek nemen. Voor hoe lang dit geschiedt, is onverschillig; maar het is noodig, dat men zijn' intrek neme in de herberg of het logement als zoodanig. De beoordeeling hiervan kan wel eens eenigzins moeijelijk zijn, en hangt natuurlijk geheel van de omstandigheden af. Wij merken slechts aan, dat hij, die in eene herberg of logement even inkeert, zoo als men in een koffijhuis gaat, of om aan de open tafel te gaan eten, daardoor niet geacht moet worden in den zin van art. 1746 B. W. bij een' herbergier of logementhouder zijn' intrek te hebben genomen, en geene bijzondere aanspraken kan ontleenen uit de voor hem vrij onverschillige omstandigheid, dat de houder van het huis herbergier of logementhouder is (4).

224. De bepaling geldt voor den tijd, dat men zijn' intrek in de herberg heeft. Wie van daar vertrekkende eenig goed bij den herbergier in bewaring laat, moet te dien aanzien als een vrijwillige bewaargever beschouwd worden en heeft geene meerdere regten (5). Maar dat men voor een korten tijd uit de herberg afwezig is, vermindert natuurlijk de toepasselijkheid der wetsbepaling niet.

225. De wet spreekt eigenlijk van goederen, die men medebrengt. Bepaalde bewaargeving is daartoe niet noodzakelijk, en zelfs is het niet noodig, dat men den herbergier kennis geeft van de goederen, die men medebrengt. Dit geldt zelfs ten aanzien van kostbaarheden,

---

(1) ZACHARIAE, II, § 406, bl. 49, n. 2. — (2) ZACHARIAE, t. a. p. Anders TROPLONG, n. 229. — (3) Zie echter DURANTON, XVIII, n. 78; TROPLONG, n. 228; ZACHARIAE, t. a. p. — (4) ZACHARIAE, II, § 406, bl. 49, n. 3. — (5) ZACHARIAE, t. a. p.; DABELOW, II, bl. 541.

die toch onder het algemeene woord „goederen" begrepen zijn, en ten aanzien waarvan dezelfde verantwoordelijkheid bestaat, zonder dat deswege bijzondere voorzorgen aan zijde van den reiziger zijn voorgeschreven (1); en ik zou dan ook zwarigheid maken om eene afwijking van die verantwoordelijkheid, uit hoofde van de kostbaarheid der voorwerpen, als op de wet gegrond te beschouwen. De wet vordert voorts niet, dat men eigenaar der goederen zij (2); noch ook dat men ze medebrenge in het huis of in het daarin aangewezen vertrek; en zij is dus ook toepasselijk op zoodanige voorwerpen, die daarvoor niet vatbaar zijn of uit anderen hoofde buiten het huis moeten blijven. Dit geldt van paarden, die in de weide loopen, en van alle andere voorwerpen, die, hetzij op een afgesloten of niet afgesloten plaats, buitenshuis zijn blijven staan; zelfs van hetgeen zich daar op en in den wagen bevindt en welks berging tot de bediening behoort, welke men van den herbergier of logementhouder verwacht, die daarvoor verantwoordelijk moet zijn, wanneer hij dat goed niet heeft geborgen of welligt niet kon bergen, en niet voor de vereischte veiligheid heeft gezorgd (3).

226. Bewaargeving geschiedt, volgens art. 1735 B. W., óf vrijwillig, óf uit noodzaak (4). De vrijwillige bewaargeving heeft, volgens art. 1736 B. W., plaats ten gevolge der wederkeerige toestemming van den bewaargever en den bewaarnemer; maar deze bepaling is van weinig beteekenis, geldt evenzeer voor de bewaargeving uit noodzaak, die ook niet zonder wederzijdsche toestemming van den bewaargever en den bewaarnemer plaats heeft, en drukt dus het eigenaardige der vrijwillige bewaargeving niet uit. Dat eigenaardige blijkt bij tegenstelling uit hetgeen bewaargeving uit noodzaak genoemd wordt; vrijwillige bewaargeving toch is zoodanige bewaargeving, die niet uit noodzaak geschiedt, maar enkel het gevolg is van den vrijen wil der partijen (5).

227. Bewaargeving uit noodzaak daarentegen is, volgens art. 1740 B. W., de zoodanige, welke men door eenig toeval gedwongen wordt te doen, zoo als door brand, instorting van gebouwen, plundering, schipbreuk, overstrooming of andere onvoorziene toevallen. Die onderscheidene toevallen worden enkel bij wijze van voorbeelden opgenoemd (6); de gesteldheid van ons land heeft zeker den wetgever bewogen ook de overstrooming op te noemen, waarvan art. 1949 C. N. zwijgt (7); inderdaad doet echter die uitdrukkelijke vermelding niets

(1) Verg. TROPLONG, n. 219 en v. Zie echter TOULLIER, XI, n. 255. — (2) Verg. N.-Holland 23 Mei 1842, *R. B.*, IV, bl. 463 en v. — (3) DURANTON, XVIII, n. 83; TROPLONG, n. 227; DABELOW, II, bl. 541 en v. — (4) TROPLONG, n. 34. — (5) DURANTON, XVIII, n. 26; TROPLONG, n. 35. Verg. OPZOOMER, III, bl. 184. — (6) Verg. TROPLONG, n. 203. — (7) ASSER, § 822.

ter zake. Het komt er maar op aan, dat de bewaargever tot de bewaargeving genoodzaakt is geweest door eenig onvoorzien toeval, onverschillig welk ook. Dat iemand door eenige omstandigheid, b. v. door eene voorgenomen reis, zich genoodzaakt ziet om zijn goed bij een' ander in bewaring te brengen, doet niets af; de bewaargever zal wel altijd eene reden hebben, die hem tot de bewaargeving beweegt, maar deze blijft daarom eene vrijwillige, zoo die reden niet gelegen is in een onvoorzien toeval (1). Waar dit hem dwingt, is hij niet alleen niet vrij, om zijne zaak al of niet in bewaring te geven, maar veelal ook niet in de keuze van een' bewaarnemer, en kan hij zich ook niet op zijn gemak even als bij vrijwillige bewaargeving naar goedvinden het bewijs verschaffen; en het is daarom, dat de wetgever voor hem heeft moeten zorgen, en tusschen vrijwillige bewaargeving en die uit noodzaak onderscheiden moest.

228. Wij zagen, dat herbergiers en logementhouders door de wet beschouwd worden als bewaarnemers der goederen, welke zij, die bij hen hun intrek nemen, medebrengen. Die gefingeerde bewaargeving (2) wordt, volgens art. 1746 B. W., ook als eene bewaargeving uit noodzaak aangemerkt. Wij zien hierin eene uitbreiding der fictie. Was er toch al bewaargeving, zoo zou die op zich zelve als eene vrijwillige moeten beschouwd worden; want een onvoorzien toeval bestaat hier niet (3). Maar wanneer men zijn' intrek neemt in een logement, dan kan men bezwaarlijk zich een schriftelijk bewijs verschaffen, ten aanzien van hetgeen men daarin heeft medegebragt; men doet dit even weinig als bij eene bewaargeving, veroorzaakt door een onvoorzien toeval. De wetgever schijnt dan ook met die beschouwing als bewaargeving uit noodzaak bepaaldelijk het bewijs door getuigen te hebben willen toelaten (4). Hare werking moet echter daartoe niet worden beperkt (5). De wet regelt wel bepaaldelijk de verantwoordelijkheid der herbergiers en logementhouders, maar door de algemeene bepaling, die hier eene bewaargeving uit noodzaak veronderstelt, zijn al de gevolgen, die aan zoodanige bewaargeving verbonden zijn, ook aan die betrekking tusschen herbergiers en reizigers verbonden (6).

229. Tusschen de vrijwillige bewaargeving en die uit noodzaak bestaat vooreerst een niet onbelangrijk onderscheid ten aanzien van het bewijs. De vrijwillige bewaargeving is onderworpen aan den algemeenen regel van art. 1933 B. W., die het bewijs door getuigen

---

(1) Dabelow, II, § 1237, bl. 540. — (2) Weinig juist is de uitdrukking der wet: de bewaargeving *van zoodanige soort van goederen.* — (3) Opzoomer, III, bl. 186 en v. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 246; Malleville, IV, bl. 72 en v. — (5) Dit schijnt Dabelow, bl. 541, te willen. — (6) Zachariae, II, § 406, bl. 49.

niet toelaat om het aanwezen aan te toonen van eenige akte of overeenkomst, welke eene verbindtenis bevat, waarvan het onderwerp meer dan driehonderd gulden bedraagt (1). Men achtte het niet noodig, dit bedrag ook hier, in navolging van art. 1924 C. N., uitdrukkelijk te bepalen (2). De algemeene toepasselijkheid der bepalingen omtrent getuigenbewijs ook in zake van bewaargeving is daardoor nog minder twijfelachtig; en zoo is dus ook het bewijs door getuigen voor een hooger bedrag geoorloofd, wanneer er een begin van bewijs door geschrift aanwezig is (3). De ontoelaatbaarheid van het bewijs door getuigen geldt overigens zelfs in een strafgeding, waar men ten aanzien van het bestaan der bewaargeving denzelfden regel als in het burgerlijk geding volgen moet. Anders zou het gemakkelijk vallen de wet te ontduiken door eene vervolging tot straf uit te lokken, om later in een burgerlijk geding het tot straf veroordeelend vonnis aan te voeren met al de kracht, die art. 1955 B. W. daaraan geeft (4).

230. De bewaargever doet dus best met zich een schriftelijk bewijs van de bewaargeving te verschaffen. Doet hij dit niet, zoo wordt hij geacht zich op de eerlijkheid van den bewaarnemer te hebben verlaten. Wanneer men zich toch zonder schriftelijk bewijs en zonder begin daarvan op eene vrijwillige bewaargeving beroept, welker bestaan niet voor bewijs bij getuigen vatbaar is, zoo wordt, volgens art. 1737 B. W., degene, die als bewaarnemer aangesproken wordt, geloofd, hetzij omtrent het feit zelf der bewaargeving, hetzij omtrent de zaak, die het onderwerp der bewaring uitmaakt, hetzij omtrent de teruggave daarvan. Hij wordt dus — dit toch mag men uit die woorden afleiden — omtrent alle punten geloofd, waarover tusschen partijen geschil kan bestaan; hij wordt dus deswege geloofd ten aanzien van elk der opgenoemde punten afzonderlijk, maar tevens ten aanzien van alle tezamen; zijne bewering van gedane teruggave maakt ook met de erkenning der bewaaargeving en van haar onderwerp één geheel uit, hetwelk eene onsplitsbare bekentenis daarstelt (5).

---

(1) Verg. DURANTON, XVIII, n. 28; TROPLONG, n. 45, en over de historia juris, n. 42 en v. Wat als ratio legis schijnt te worden aangeduid door MALLEVILLE, IV, bl. 59, wordt niet bevestigd door *C. N. et Mot.*, VI, bl. 238. — (2) ASSER, § 821. — (3) DURANTON, XVIII, n. 29, 31; DABELOW, II, § 1233, bl. 536; TROPLONG, n. 48; die er, n. 49, bijvoegt, dat de omstandigheid, dat in den boedel van een' overledene een pakket gevonden wordt, verzegeld met het zegel van een derden persoon, niet als een begin van bewijs door geschrift in het voordeel van dezen kan gelden. — (4) DURANTON, XVIII, n. 30; TROPLONG, n. 47; CHAUVEAU *et* HÉLIE, *Théorie du C. P.* (éd. *Comm. des Comm.*), II, n. 3568. Verg. HÉBERT, in *Rev. d. rev. de droit*, XIV, bl. 175 en v. — (5) DURANTON, XVIII, n. 29.

231. Men kan dan ook aan de bepaling van art. 1737 B. W. geene bijzondere kracht toekennen. Aan hem toch, die aangesproken wordt, — en alleen van hem, die als bewaarnemer aangesproken wordt, is hier sprake, en de beperking geldt niet voor hem, die als bewaarnemer eenen bewaargever in regten roept, noch voor hem, die, uit anderen hoofde aangesproken, zich op bewaargeving beroept; — aan hem wordt slechts dan geloof toegekend, wanneer de eischer geen bewijs voor zijne beweringen bijbrengt, als wanneer van zelf actore non probante reus absolvitur (1). Men behoeft er dan voorzeker ook geen gewigt aan te hechten, dat de wet eenvoudig zegt, dat hij geloofd wordt, met weglating van de woorden: „op zijn . woord", die in art. 1745 Wetb. van 1830 daarbij waren gevoegd, in navolging van art. 1924 C. N. Men behoeft al verder aan geene afzonderlijke verklaring, met eenige formaliteiten afgelegd, te denken; het antwoord van den gedaagde op den eisch in dezen is voldoende.

232. Wij zeiden, dat de bepaling slechts ziet op het geval, dat de eischer zijne vordering niet bewijst. Zij gaat toch uit van de veronderstelling, dat schriftelijk bewijs ontbreekt en bewijs door getuigen niet is toegelaten, en bekentenis wordt natuurlijk evenzeer niet verondersteld aanwezig te zijn. Zij sluit intusschen de bepalingen omtrent den beslissenden eed niet uit, maar heeft de toepasselijkheid daarvan, ter wering van mogelijken twijfel, uitdrukkelijk aangewezen; zoodat de eischer den beweerden bewaarnemer dien eed kan opdragen met hetzelfde gevolg als daaraan in het algemeen is verbonden (2). Maar de suppletoire eed wordt hier uitgesloten door het geloof, dat aan het woord van den gedaagde gehecht moet worden, en evenzeer kan de bewijskracht van vermoedens hier om dezelfde reden niet in aanmerking komen.

233. Bij eene bewaargeving uit noodzaak is het uit den aard der zaak in den regel niet wel mogelijk zich een schriftelijk bewijs te verschaffen (3). De wetgever heeft dit als algemeenen regel aangenomen, en terwijl hij in art. 1940 B. W. het bewijs door getuigen in het algemeen heeft toegelaten in alle gevallen, waarin men zich geen schriftelijk bewijs heeft kunnen verschaffen, heeft hij niet slechts daar onder 2° die uitzondering op bewaargevingen uit noodzaak toepasselijk verklaard, maar ook in art. 1741 B. W. bepaald, dat het bewijs door getuigen omtrent die bewaargeving wordt toegelaten, al gaat de waarde van hetgeen in bewaring gegeven is ook de som te

---

(1) ZACHARIAE, II, § 402, bl. 46, n. 7. — (2) ASSER, § 821; DE PINTO, II, § 950, bl, 464; 3e uitg. § 1010, bl. 575. Verg. DURANTON, XVIII, n. 29; ZACHARIAE, t. a. p. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 245. DURANTON, XVIII, n. 76; TROPLONG, n. 203; SCHÜLLER, op art. 1741 B. W.

boven, welke, naar den regel, niet voor bewijs bij getuigen vatbaar is (of liever: boven welke naar den regel geen bewijs door getuigen is toegelaten). Dit geldt evenzeer voor alle punten, welke tusschen den bewaargever en den bewaarnemer betwist zijn. Het vindt intusschen eenige beperking in de woorden van art. 1940, 2°: „alles naar mate van de hoedanigheid der personen en naar gelang van de omstandigheden der zaak"; waardoor aan den regter eene ruime, maar tevens ter voorkoming van misbruik noodzakelijke, bevoegdheid is toegekend, om aan de verklaringen der getuigen juist zoodanig geloof te hechten, als de hoedanigheid der personen en de omstandigheden der zaak hem schijnen mede te brengen en toe te laten (1). Ook hier is voorts de beslissende eed niet uitgesloten (2).

234. Voor het overige — d. i. behalve hetgeen de wet omtrent het bewijs bepaalt, — wordt, volgens art. 1742 B. W., bewaargeving uit noodzaak geregeld overeenkomstig de bepalingen op vrijwillige bewaargeving toepasselijk (3). Dit ziet intusschen alleen op de bepalingen in dezen titel vervat, en wel bepaaldelijk op den omvang der wederzijdsche regten en verpligtingen van den bewaargever en den bewaarnemer, zonder het verschil uit te sluiten, dat ten gevolge van andere wetsbepalingen tusschen beide soorten van bewaargeving bestaat.

235. Zoo kan, volgens art. 585, 3° W. v. B. R., ter zake van bewaargeving uit noodzaak het middel van lijfsdwang worden aangewend, dat ter zake van vrijwillige bewaargeving niet is toegelaten (4), althans voor zoo ver de bewaarnemer niet door bepaalde omstandigheden, met name ook volgens art. 585, 8°, daaraan onderworpen is (5). Wijders kan, volgens art. 22 *b* W. v. Sv., het openbaar ministerie geene vervolging of nasporing doen ter zake van schennis van vrijwillige bewaargeving, dan op klagte der beleedigde partij, maar bestaat die beperking niet voor het geval van bewaargeving uit noodzaak.

§ 3.

Van des bewaarnemers verpligting om te bewaren.

236. Op den bewaarnemer rusten voornamelijk twee verpligtingen, die in de bepaling van art. 1731 B. W. zelf zijn aangeduid,

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 214; ZACHARIAE, III, § 765, bl. 346 en n. 15; OPZOOMER, III, bl. 186. — (2) Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 71 en v. — (3) Verg. TROPLONG, n. 206 en v. — (4) DE PINTO, *Handl. t. h. W. v. B. R.*, II, § 400, 3°, bl. 37 en v. — (5) DURANTON, XII, n. 271; XVIII, n. 17, 69; ZACHARIAE, II, § 403, bl. 48, n. 2.

namelijk vooreerst om het in bewaring aangenomen goed te bewaren, ten tweede om het in natura terug te geven. Beide verpligtingen behoeven eene nadere beschouwing. Bij de eerste komt in aanmerking, hoe hij zich ten aanzien der zaak te gedragen heeft en hoedanige zorg daarvoor van hem kan gevorderd worden. Bij de andere moeten wij zien, wat en hoe, aan wien, waar en wanneer moet worden teruggegeven.

237. De bewaarnemer is verpligt, datgene te bewaren, wat het onderwerp der bewaargeving is, wat hem als zoodanig is overgegeven, en wat hij alzoo onder zich heeft. Hij is daarvan enkel houder voor den bewaargever, zonder eenig regt ten aanzien van het goed te hebben; zoodat hij dan ook niet alleen daarover niet mag beschikken (1), en zich door dit te doen aansprakelijk zou stellen tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, maar ook, volgens art. 1755 *a* B. W., de vruchten, die het heeft opgeleverd, mede moet teruggeven. Hij is geen bezitter in den bepaalden zin des woords, en kan dan ook, gelijk art. 1996 B. W. uitdrukkelijk bepaalt, door geene verjaring den eigendom van het goed verkrijgen, hoe lang hij het ook onder zich moge gehad hebben (2).

238. Hij moet het goed, althans zoo hem niets bijzonders daarbij is opgedragen, eenvoudig zoo bewaren, als het hem is gegeven. Wanneer het hem in eene gesloten kist of onder een verzegelden omslag is overgegeven, mag hij, volgens art. 1750 B. W., niet onderzoeken, waarin de zaken bestaan, die hem in bewaring zijn gegeven. Dit geldt in het algemeen, zoo dikwijls het goed hem ingepakt is overgegeven, zonder dat hem tevens, b. v. door overgave der sleutels, gelegenheid is gegeven om het te openen. Wanneer nu het goed, zoodanig ingepakt, bederft, terwijl de bewaarnemer dit door het te ontpakken had kunnen voorkomen, is hij deswege niet aansprakelijk (3). Daarentegen handelt hij, door het te ontpakken, niet alleen tegen zijne verpligting, maar is tevens verantwoordelijk voor alle schade, die daaruit misschien voor den bewaargever zal ontstaan (4). DURANTON merkt voorts aan, dat, zoo de bewaargever den bewaarnemer den verborgen inhoud had doen kennen, deze dien niet aan anderen mag kenbaar maken (5). Dit zal intusschen wel de

(1) TROPLONG, n. 106. — (2) POTHIER, n. 12; DURANTON, XVIII, n. 71. — (3) DABELOW, II, § 1235, 4°, bl. 539 en v. — (4) POTHIER, n. 38; MALLEVILLE, IV, bl. 63; TROPLONG, n. 108; VERNEDE, op art. 1750 B. W. — Volgens Arnhem 4 Nov. 1844, *W.* 505, *R. B.*, VII, bl. 112 en v., is een notaris, bij de verificatie zijner minuten door het bestuur der registratie, ondanks art. 54 der Wet v. 22 Frimaire an VII, op grond van art. 1750 B. W. niet verpligt opening te doen van een verzegeld aan hem toevertrouwd pakket. — (5) DURANTON, XVIII, n. 42. Verg. POTHIER, n. 39; TROPLONG, n. 109.

zin van art. 1750 niet zijn, en de bewaargever kan op grond hiervan geene aanspraken doen gelden tegen den bewaarnemer, die het geheim niet bewaart.

239. De bewaarnemer mag zich ook, volgens art. 1749 B. W., van het in bewaring gegeven goed niet bedienen, zonder het uitdrukkelijk of vooronderstelde verlof van den bewaargever. De bewaargeving zelve geeft hem dat regt van gebruik niet, hij moet daartoe bepaaldelijk verlof hebben, en kan dit zoowel later als bij de bewaargeving zelve bekomen (1); maar de wet stelt een vooronderstelde verlof met een uitdrukkelijk gegeven verlof gelijk. Zij behelst intusschen geene nadere bepaling omtrent dat vooronderstelde verlof, en laat dus de beoordeeling daarvan geheel aan den regter over. DURANTON schijnt daarbij vooral gelet te willen hebben op de betrekking van bloedverwantschap of vriendschap, die er tusschen den bewaargever en den bewaarnemer bestaat, en op den aard van het in bewaring gegeven goed (2). Daar intusschen de wet algemeen spreekt en geene onderscheiding maakt ten aanzien van sommige personen of voorwerpen, geloof ik niet, dat de regter daarin een veiligen maatstaf van beoordeeling vinden zal. Mijns bedunkens moet het vooronderstelde verlof niet uit de betrekking der personen, noch uit den aard der goederen, maar uit de omstandigheden der bewaargeving zelve worden afgeleid, en zal het niet geacht kunnen worden gegeven te zijn, wanneer die omstandigheden niet zoodanige vermoedens opleveren, dat de regter op grond daarvan kan aannemen, dat de bewaargever werkelijk het gebruik heeft toegelaten (3).

240. Art. 1749 B. W. bedreigt den bewaarnemer, die zich zonder verlof van het goed bedient, met de verpligting tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn. Onze wetgever heeft die bedreiging er bijgevoegd, terwijl art. 1930 C. N. daarvan niet spreekt (4). En ofschoon nu ook onder den C. N. zoodanige verantwoordelijkheid wordt aangenomen (5), zie ik echter geene reden om die bijvoeging van weinig belang (6) te noemen; omdat zij, mijns bedunkens, alleszins van belang is ter bepaling van de wederzijdsche regten en verpligtingen der partijen. Naar het Romeinsche regt maakte de bewaarnemer zich in zoodanig geval schuldig aan diefstal (7). Niet alleen is dit bij ons het geval niet, maar men spreekt hier, mijns bedunkens, zelfs ten onregte van het misdrijf van

(1) TROPLONG, n. 101. — (2) DURANTON, XVIII, n. 41. Verg. POTHIER, n. 37; TROPLONG, n. 103. — (3) SCHÜLLER en VERNEDE verwijzen ook naar art. 1959 B. W. V. ASSEN, § 365, bl. 400, spreekt van *vermoedelijk* verlof. Verg. POTHIER, n. 36; DABELOW, II, bl. 537. — (4) ASSER, § 825. — (5) DURANTON, XVIII, n. 41. — (6) Zoo LIPMAN, bl. 519. — (7) Zie o. a. § 6 Inst. *de oblig. quae ex delicto nascuntur*. Verg. POTHIER, n. 34 en v.

misbruik van vertrouwen (1), hetwelk, volgens art. 408 C. P., slechts dan aanwezig is, wanneer het in bewaring gegeven goed is verduisterd of weerloos gemaakt, maar niet wanneer de bewaarnemer zich eenvoudig van het goed heeft bediend. Hij stelt zich daardoor enkel bloot aan eene burgerlijke regtsvordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen.

241. En ook dit slechts, wanneer er schade veroorzaakt is, en dus vergoeding van kosten, schaden en interessen te pas komt. Zoo toch meen ik de woorden: „indien daartoe gronden zijn", te moeten opvatten; waarbij niet zal moeten gedacht worden aan de aanleiding, die de bewaarnemer had om zich van het goed te bedienen, noch aan de wijze, waarop hij zich daarvan heeft bediend, — omdat hem dit in het algemeen verboden is, — maar aan de veroorzaakte schade (2). Is deze daardoor niet veroorzaakt, zoo heeft wel de bewaarnemer, door zich van het goed te bedienen, tegen zijn' pligt gehandeld, maar heeft dit voor hem geene bepaalde gevolgen, en geeft dit geen regt van vordering aan den bewaargever, die slechts geen schade behoort te lijden door de ongeoorloofde daad van den bewaarnemer, maar daaruit geen voordeel behoeft te putten. En zoo is dan ook de vraag gemakkelijk beantwoord, of de bewaarnemer het voordeel, dat hij aldus genoten heeft, aan den bewaargever zal moeten teruggeven, die hierop op geen wettigen grond aanspraak kan maken (3).

242. Dit geldt zelfs dan, wanneer de bewaarnemer zich heeft bediend van eene hem in bewaring gegeven geldsom. Algemeen schijnt te worden aangenomen, dat hij daarvoor interessen verschuldigd is (4). Naar het Romeinsche regt was hij dit werkelijk (5); naar ons tegenwoordig regt zie ik daarvoor geen' grond, en acht het met de bepalingen der wet niet vereenigbaar (6). De vraag van MALLEVILLE, waarom de bewaarnemer geene interessen zou betalen, wanneer hij zich bedient van het geld, daar hij alle vruchten moet afgeven, — die vraag is vooreerst de jure constituendo, maar laat zich bovendien gemakkelijk daardoor beantwoorden, dat art. 1755 *a* B. W. vruchten bedoelt, die het goed gedurende en niettegenstaande de bewaring

---

(1) DE PINTO, II, § 953, bl. 465; 3e uitg. § 1013, bl. 576; SCHÜLLER, op art. 1749 B. W. — (2) Art. 19 der Wet v 1 Maart 1825 (Sb. n. 23), art. 1757 Wetb. v. 1830, zegt: „indien daartoe *redenen aanwezig* zijn." In art. 8 der Wet v. 15 Junij 1833 (Sb. n. 41) werd bepaald, dat het woord *aanwezig* zal worden weggelaten. Hoe in plaats van *redenen* gekomen is *gronden*, blijkt niet. — (3) Verg. hierover TROPLONG, n. 105. — (4) MALLEVILLE, IV, bl. 62, 65; DURANTON, XVIII, n. 53; TROPLONG, n. 104; ZACHARIAE, II, § 403, bl. 47; DE PINTO, II, § 951, 3, bl. 465; 3e uitg. § 1011, 3, bl. 576. — (5) L. 4 C. *depositi vel contra* (IV, 34). — (6) OPZOOMER, III, bl. 194 en v.

heeft opgeleverd, en die dus met het goed moeten worden teruggegeven aan hem, die daarop regt heeft, maar dat niet daaruit kan worden afgeleid, dat de bewaarnemer interessen moet betalen voor het gebruik van geld, dat op zich zelf en zonder dat gebruik geene vruchten zou hebben opgeleverd en ook nu geene eigenlijke vruchten opgeleverd heeft, daar slechts fictione juris interessen tot een zeker bedrag als zoodanig zouden moeten beschouwd worden. Een beroep op art. 1663 en 1842 B. W. zal ook wel niet voldoende zijn, om hetgeen de wet uitdrukkelijk bepaalt ten aanzien van den vennoot en den lasthebber, mede toe te passen op den bewaarnemer, ten aanzien van wien zij het niet bepaalt. Een beroep op art. 1480 B. W. kan even weinig te pas komen, daar het niet alleen omtrent de verpligting tot betaling van interessen niets behelst, maar ook geen voorschrift bevat omtrent de nalatigheid. Wij zouden voorts voor onze meening daarop kunnen wijzen, dat de bewaarnemer door de bewaring eene dienst bewijst aan den bewaargever, die tevreden moet zijn met den waarborg, dien art. 1749 B. W. hem geeft, dat hij geen nadeel behoeft te lijden, doordien de bewaarnemer zich van zijn goed bedient. Wij kunnen verder wijzen op art. 1755 *b* B. W., hetwelk uitdrukkelijk zegt, dat de bewaarnemer geene interessen verschuldigd is dan in het daar genoemd geval, en met hetwelk de door ons bestredene meening zoodanig strijdt, dat ik niet geloof, dat die strijd kan worden opgeheven door de bloote aanmerking, dat de bewaarnemer daar verondersteld wordt zich niet van het goed bediend te hebben. Maar wij kunnen nog meer bepaaldelijk wijzen op de slotwoorden van art. 1749 B. W., die, — daar zij algemeen luiden, en geene voorwerpen, bepaaldelijk ook geld niet, uitzonderen, — de vraag, zoo die onder den C. N. al twijfelachtig geacht kan worden, bij ons beslissen, en den bewaargever alleen regt geven op vergoeding van kosten, schaden en interessen, wanneer en voor zoo ver hij schade lijdt, b. v. wanneer de bewaarnemer daardoor het in bewaring gegevene niet kan teruggeven, zoodra hij dit verlangt. — Wanneer de bewaarnemer krachtens bekomen verlof het geld gebruikt heeft, is hij natuurlijk geene interessen schuldig, tenzij die bedongen zijn.

243. De bewaarnemer, die het goed in natura terug moet geven in den staat waarin het zich dan bevindt, is niet bevoegd daaraan eenige verandering te maken, of het tegen iets anders te verruilen. Ook daardoor zal hij zich voor kosten, schaden en interessen aansprakelijk stellen (1). Hij is daartoe niet bevoegd als bewaarnemer. Dit neemt intusschen niet weg, dat hij zich van alle aansprakelijkheid zal kunnen bevrijden, door te bewijzen, dat hij door die verandering of

(1) Dabelow, II, § 1235, bl. 537, 3°.

verwisseling juist het goed of zijne waarde heeft behouden, of althans getracht heeft te behouden, terwijl het anders zou zijn te loor gegaan. Hij heeft dan niet als bewaarnemer, maar als negotiorum gestor gehandeld, en de regten en verpligtingen, uit de bewaargeving voortvloeijende, moeten dan met die, welke uit de negotiorum gestio ontspruiten, in verband worden gebragt.

244. De bewaarnemer moet, volgens art. 1743 B. W., omtrent de bewaring der aan hem toevertrouwde zaak dezelfde zorg aanwenden, welke hij omtrent de bewaring zijner eigene zaken besteedt. Men heeft van hem niet, zoo als van anderen (1), de zorg van een' goed huisvader willen vorderen, omdat hij geheel handelt in het belang van den bewaargever, die het zich zelven te wijten heeft, zoo hij aan een' minder zorgvuldige de bewaring heeft opgedragen (2). Dit laatste kan zeker niet met gelijk regt gezegd worden in geval eener bewaargeving uit noodzaak; daar deze intusschen dienen moet om het goed, dat anders zou verloren gaan, uit een oogenblikkelijk gevaar te redden, behoefde in dit geval wel geen strengere zorg voor de bewaring gevorderd te worden.

245. Is het voorts niet gemakkelijk de juiste grenzen af te bakenen der zorg van een' goed huisvader, ten aanzien der hier bedoelde zorg is zulks zeker niet gemakkelijker (3). Maar terwijl tot de eerste gevorderd wordt de zorg van iemand, die gezegd wordt goed op zijne zaken te passen, kan hier op de zorg van den bewaarnemer geene aanmerking gemaakt worden, zoo niet bewezen wordt, dat hij in zijne eigene zaken meer zorgdragend is. Men heeft hier voor het overige slechts eene mindere zorg gevorderd, en in geen geval kan men zich dus op art. 1743, in verband met de meer dan gewone zorgvuldigheid des bewaarnemers, beroepen, om van hem ook meer zorg voor het bewaarde goed te vorderen dan men onder die van een' goed huisvader verstaat (4).

246. Duranton behandelt de vraag, wat regtens is, zoo de bewaarnemer, in geval van brand, plundering of dergelijke, bij voorkeur zijne eigene zaak gered heeft, daar hij beide niet kon redden (5). Ik stem dien schrijver toe, dat in het tegenovergesteld geval de bewaarnemer, die zijne eigene zaak verloren heeft door die van den

---

(1) Verg. hierboven VI, n. 47 en v. — (2) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 238; MALLEVILLE, IV, bl. 61; POTHIER, n. 23 en v.; DURANTON, XVIII, n. 18, 37; TROPLONG, n. 63—67; DE PINTO, II, § 951, 1°, bl. 464; 3e uitg. § 1011, 1, bl. 575 en v.; SCHÜLLER, op art. 1743 B. W. Verg. echter ook OPZOOMER, III, bl. 187 en v. — (3) In art. 12 der Wet v. 26 Mei 1841 (Sb. n. 14) wordt het Rijk op gelijke wijze aansprakelijk gesteld. — (4) ZACHARIAE, II, § 403, bl. 47 en n. 1. Verg. intusschen POTHIER, n. 27; TROPLONG, n. 68 en v. — (5) DURANTON, XVIII, n. 38. Verg. POTHIER, n. 29; TROPLONG, n. 71 en v.

bewaargever te behouden, door dezen, volgens art. 1765 B. W., schadeloos gesteld moet worden voor de schade, hem op die wijze door de bewaring veroorzaakt. Eveneens stem ik toe, dat, wanneer de zaak van den bewaarnemer van meerdere waarde, of ook slechts van ongeveer gelijke waarde was, als die van den bewaargever, hem niets te wijten is, zoo hij voor de zijne bij voorkeur heeft gezorgd, omdat hij voor de in bewaring genomene geen meerdere zorg dan voor zijne eigene behoeft te dragen. Maar ik acht het minder zeker, dat, zoo de bewaarnemer de in bewaring genomen zaak van veel hooger waarde liet verloren gaan om zijne eigene te redden, hij voor dat verlies aansprakelijk zou zijn, althans onder aftrek der waarde van zijne zaak, die hij anders had moeten verliezen. DURANTON beweert, dat hij als goed huisvader de kostbaarste zaak het eerst moest redden, zoo beide hem toebehoorden, en dat hij nu, om art. 1743 hetzelfde had moeten doen; maar zoo zou hem toch de handelwijze van een' goed huisvader tot pligt gesteld worden, wat de wet hier blijkbaar niet heeft gewild. Bovendien ziet, mijns bedunkens, art. 1743 slechts op de doorgaande bewaring van het goed, niet op hetgeen in zoodanige buitengewone omstandigheden zou moeten geschieden. Het komt mij daarom meer aannemelijk voor, dat het met den bewaarnemer in dezen zoo naauw niet genomen moet worden, en dat hij zich niet aansprakelijk stelt, wanneer hij in een dringend geval bij voorkeur voor zijn eigen goed zorgt, al moest hij daardoor ook eene in bewaring gegevene zaak van grootere waarde verloren laten gaan. Dit wordt dan ook bevestigd, wanneer men let op art. 1782 B. W., waar ten aanzien van den bruikleener iets anders is bepaald; terwijl het vooreerst duidelijk schijnt, dat dezen, in wiens belang de bruikleening plaats had, strengere verpligtingen konden worden opgelegd dan den bewaarnemer, die in het belang van een' ander bewaart; en daarenboven zoodanige bepaling, uitdrukkelijk voor den bruikleener geschreven, voor den bewaarnemer niet is gemaakt.

247. Art. 1744 B. W. noemt eenige gevallen, waarin de bepaling van het voorgaande artikel met meer gestrengheid moet worden toegepast. De bedoeling hiervan is deze, dat de bewaarnemer in die gevallen wegens bijkomende omstandigheden niet genoeg heeft gedaan door dezelfde zorg aan te wenden, die hij ook voor zijne eigene zaken draagt (1). Maar dat de verpligting om als een goed huisvader te zorgen, waarvan in art. 1743 is afgeweken, hier weer bestaat (2), zal misschien niet zoo algemeen kunnen worden aangenomen; juister

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 39. Verg. TROPLONG, n. 76 en v. — (2) Zie TROPLONG, n. 85; ZACHARIAE, I, § 308, 2°, bl. 323, n. 4; hierboven VI, n. 48, n. 2.

schijnt het, dat de wet hier wel eene meerdere gestrengheid wil, doch den regter geene meer bepaalde gedragslijn heeft willen voorschrijven, maar de beslissing naar de omstandigheden aan zijn oordeel heeft overgelaten (1). Art. 1744 stelt voorts uitzonderingen daar op hetgeen in art. 1743 ten aanzien van bewaargeving als regel wordt gesteld. Het moet dus tot de daar genoemde gevallen beperkt worden, behoudens hetgeen de wet omtrent herbergiers en logementhouders heeft bepaald (2).

248. Die meerdere gestrengheid heeft vooreerst plaats, indien de bewaarnemer zich zelven tot de bewaring heeft aangeboden. De bewaargever was desniettegenstaande wel vrij, om een' ander de bewaring op te dragen, maar werd toch daardoor misschien geleid om zijn goed toe te vertrouwen aan hem, die zich aldus aanbood (3). In allen gevalle mag men aannemen, dat hij, die zich zelven aanbiedt, niet in het algemeen tot eene dienstbetooning, maar tot de bewaring van bepaalde voorwerpen, zich ook tot voldoende zorg heeft willen verbinden.

249. Die meerdere gestrengheid heeft ten tweede plaats, indien de bewaarnemer eenig loon voor de bewaring bedongen heeft. Dat de overeenkomst in dit geval meer eene huur dan eene bewaargeving zou zijn (4), is, gelijk wij vroeger zagen, minder juist. Zeker is het, dat nu de bewaring geene bloote vriendschapsdienst meer is, dat beide partijen daardoor bevoordeeld worden (5). De wet bepaalt die meerdere gestrengheid tot het geval, dat loon bedongen is; zoo dit niet is geschied, doet het niets ter zake, wanneer de bewaargever den bewaarnemer uit eigen beweging een geschenk voor de bewaring heeft gegeven (6).

250. Die meerdere gestrengheid wil art. 1744 B. W. in de derde plaats, indien de bewaargeving eeniglijk in het belang van den bewaarnemer geschied is. Ik stem het DURANTON toe, dat het moeije-

---

(1) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 239. — (2) TROPLONG, n. 79, stelt met den in art. 1744, 1° B. W. bedoelde gelijk hen, die, naar den aard hunner betrekking, zaken in bewaring plegen te ontvangen, als notarissen. Zijne meening schijnt echter ongegrond; de wetgever had, zoo hij dezen ook strenger wilde behandeld hebben, dit evenzeer moeten bepalen, als voor de in art. 1744 werkelijk uitgedrukte gevallen; en men kan niet beweren, dat een notaris, die zich niet tot de bewaring heeft aangeboden, als het ware fictione juris zich daartoe wel heeft aangeboden, alleen doordien hij notaris is. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 239 en v.; POTHIER, n. 30; DURANTON, XVIII, n. 39; TROPLONG, n. 78; DE PINTO, II, § 951, 1, *a*, bl. 464 en v.; 3e uitg. § 1011, 1, *a*, bl. 576; SCHÜLLER, op art. 1744 B. W. — (4) DE PINTO, t. a. p., *b*, bl. 465; 3e uitg. bl. 576; VERNEDE, op art. 1744 B. W. — (5) POTHIER, n. 31; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 240; DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 80; SCHÜLLER, t. a. p. – (6) POTHIER, n. 31; TROPLONG, n. 81.

lijk is zich een begrip te vormen van zoodanige bewaargeving. De handeling is dan geene bewaargeving, maar bruikleening of verbruikleening, en moet naar de bepalingen daaromtrent geregeld worden, onverschillig welken naam partijen daaraan gegeven hebben (1). Men voert veelal als voorbeeld aan, hetgeen ULPIANUS zegt in l. 4 pr. D. *de rebus creditis* (XII, 1) (2); doch men schijnt zich dan het daar bedoeld geval minder juist voor te stellen. De eene partij wil onroerend goed koopen en moet geld opnemen om het te kunnen betalen, maar wil liefst geen geld ter leen nemen, vóórdat hij gekocht heeft, en dus dat geld terstond moet gebruiken. De andere partij heeft geld liggen, en is er niet op gesteld, het op rente uit te doen. Nu op reis zullende gaan, brengt deze dat geld in bewaring bij gene met die bepaling, dat, zoo de koop doorgaat, zij geacht zal worden, het geld ter leen te hebben, en zoo de koop niet doorgaat, in bewaring. Maar nu kan men toch niet zeggen, dat hier de bewaargeving enkel en alleen in het belang van den bewaarnemer geschied is, wat trouwens strijden zou met de geheele strekking en den aard der bewaargeving; de bewaargever heeft daarbij eveneens belang, daar het geld voor hem wordt bewaard, wanneer en zoolang de verbruikleening niet tot stand komt (3). Ik geloof daarom, dat men óf zal moeten aannemen, dat art. 1744, 3° nimmer toepassing zal vinden, óf het met het woord *eeniglijk* zoo naauw niet zal moeten nemen, maar meer hechten aan hetgeen de wetgever vermoedelijk zal bedoeld hebben, dan aan de woorden, waarin die bedoeling minder gelukkig is uitgedrukt. En dan zou ik die bepaling willen opvatten, alsof er stond: indien de bewaargever niet eeniglijk in het belang van den bewaargever (4), — of wel: indien zij vooral in het belang van den bewaarnemer — geschied is. Dan komt de aangehaalde l. 4 pr. hier te pas, en dan is ook de meerdere gestrengheid door het belang van den bewaarnemer genoeg geregtvaardigd.

251. Die meerdere gestrengheid wil art. 1744 B. W. nog in de vierde plaats, indien uitdrukkelijk bedongen is, dat de bewaarnemer voor alle soort van verzuim aansprakelijk zou zijn. Partijen zijn hier afgeweken van hetgeen de wet, niet in het belang der openbare orde, maar enkel in het belang der partijen zelve, heeft bepaald; hare overeenkomst, wettiglijk gemaakt, strekt haar nu ook tot wet (5).

252. In geen geval, zegt art. 1745 B. W., is de bewaarnemer

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 39. — (2) POTHIER, n. 32; MALLEVILLE, IV, bl. 62; TROPLONG. n. 82; DE PINTO, t. a. p., *c*; VERNEDE, op art. 1744 B. W. – (3) OPZOOMER, III, bl. 189 en v., wil dit in geen geval aannemen. — (4) TROPLONG, n. 84, erkent even strenge aansprakelijkheid voor dit geval. — (5) *C. N. et Mot.*, IV, bl. 240; TROPLONG, n. 86.

aansprakelijk wegens onvermijdelijke toevallen, ten ware hij in de teruggave der in bewaring gegeven zaak nalatig mogt zijn geweest. Het komt mij voor, dat de wetgever, die, gelijk wij aanmerkten, bij art. 1744 geene bepaalde gedragslijn heeft aangewezen, die ruimte dáár aan den regter gelaten, hier eenigzins heeft willen bepalen, en dat dus art. 1745, 'twelk trouwens nevens art. 1743 B. W. naar den regel niet noodig was, bepaaldelijk betrekking heeft op de gevallen van art. 1744, waarin de meerdere gestrengheid zich derhalve niet zoo ver zal mogen uitstrekken, dat ook onvermijdelijke toevallen ten laste van den bewaarnemer komen. In plaats van: „in geen geval", had dan eigenlijk moeten gezegd worden: „in geen dier gevallen", of: „zelfs niet in de gevallen van art. 1744"; maar ook zoo als de wet nu luidt, is daardoor dat verband tusschen art. 1744 en 1745 niet uitgesloten.

253. Is die opvatting juist, dan belet art. 1745 B. W. voorzeker niet, dat de bewaarnemer ook de onvermijdelijke toevallen voor zijne rekening kan nemen, wat natuurlijk iets anders is dan de aansprakelijkheid voor alle soort van verzuim, waarvan art. 1744, 4° spreekt. Het kan ook bezwaarlijk des wetgevers bedoeling geweest zijn, zoodanig beding, dat, waar de bewaargeving vooral ook in het belang des bewaarnemers geschiedt, volstrekt niet vreemd is, te beletten (1).

254. De bewaarnemer is, volgens art. 1745 B. W., wegens onvoorziene toevallen alleen aansprakelijk, wanneer hij in de teruggave der in bewaring gegevene zaak nalatig is. Omtrent die nalatigheid geldt de gewone regel. Anders kan hij zich op het onvoorzien toeval beroepen, en moet dan daarvan het bewijs leveren (2). Die aansprakelijkheid houdt echter ook in dat geval, volgens art. 1745 *b*, op, indien het goed bij den bewaargever insgelijks zou vergaan zijn. Ofschoon dit laatste in den C. N. niet was bepaald, werd het echter als regtens aangenomen (3). Onze wetgever heeft het teregt uitdrukkelijk bepaald. Daar toch de bewaargeving in den regel om niet geschiedt, daar althans de bewaargeving geschiedt in het belang van den bewaargever, is het alleszins regtvaardig, dat hij slechts gewaarborgd worde tegen nadeel, uit de nalatigheid in de teruggave voortspruitende, maar dat hij niet tevens door die nalatigheid bevoordeeld worde (4). De verpligting, den bruikleener opgelegd, behoefde niet in dezelfde mate ook op den bewaarnemer te drukken (5). De bepaling is overigens geheel in overeenstemming met die van art. 1480 *b* B. W.

---

(1) Verg. L 1, § 35 D. *depositi;* TROPLONG, n. 88. — (2) TROPLONG, n. 95. — (3) DURANTON, XVIII, n. 40; TROPLONG, n. 90. — (4) ASSER § 823. — (5) VOORDUIN, V, bl. 361.

255. Men heeft intusschen gelijke aansprakelijkheid nog in een ander geval aangenomen, en beweerd, dat de bewaarnemer, die het in bewaring gegeven goed verkocht, doch daarna weder ingekocht heeft, zich niet op een onvoorzien toeval kan beroepen, wanneer het hem later ontstolen is (1); maar deze bewering is, mijns bedunkens, in stelligen strijd met de bepaling van art. 1745. Dat hierbij alleen zou moeten gedacht worden aan het geval, dat de bewaarnemer overigens aan zijne verpligtingen heeft voldaan, schijnt geheel onaannemelijk; aanspakelijkheid toch wegens onvermijdelijke toevallen zou alleen kunnen plaats hebben, waar de bewaarnemer niet aan zijne verpligtingen voldaan heeft; de wet erkent haar werkelijk in een enkel geval, waarin hij niet aan zijne verpligting voldoet; maar wanneer zij nu uitdrukkelijk zegt, dat zoodanige aansprakelijkheid in geen ander geval bestaat, dan is het niet denkbaar, dat zij dit alleen gezegd zou hebben in de veronderstelling, dat overigens aan alle verpligtingen is voldaan. Bovendien heeft de bewaarnemer, door het goed terug te koopen, alles in den vorigen toestand teruggebragt, alsof hij het niet had verkocht, wanneer hij het althans in denzelfden staat heeft teruggekregen. Zijne aansprakelijkheid tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, door den verkoop ontstaan, is daardoor opgeheven, omdat er geene schadevergoeding te pas kan komen, waar geene schade is veroorzaakt of de anders veroorzaakte schade is hersteld. Dat toch de verpligtingen van den bewaarnemer ten gevolge van den verkoop onherroepelijk in eene verpligting tot vergoeding zouden zijn opgelost, en deze nu het ware onderwerp der verbindtenis tusschen hem en den bewaargever zou geworden zijn, is wel beweerd, maar in niets gegrond. Even weinig kan het in bewaring gegeven goed ten gevolge van den verkoop als eene res furtiva beschouwd worden; de bewaarnemer, die haar heeft teruggekocht, heeft haar weder als bewaarnemer, en niet ten gevolge van diefstal, onder zich; art. 1480 *d* B. W. komt hier dus niet te pas. In tegendeel vindt hier art. 1480 *a* zijne toepassing en wordt deze door de uitdrukkelijke bepaling van art. 1745 bevestigd (2). Op grond der stellige bepaling van art. 1745 B. W. is de bewaarnemer ook niet voor onvermijdelijke toevallen aansprakelijk, doordien de bewaargeving, zoo als art. 1744, 3° zegt, eeniglijk, of althans vooral in zijn belang heeft plaats gehad (3).

256. Art. 1747 en 1748 B. W. behelzen voorts nog bijzondere bepalingen voor de zoogenaamde bewaargeving, die de wet ten aan-

---

(1) Zie POTHIER, n. 42; DURANTON, XVIII, n. 48; *Regtsg. Adv.*, I, bl. 112—114. Verg. l. 1, § 25 D. *depositi* (XVI, 3). – (2) Verg. mijn opstel in *Opm. en Med.*, VIII, bl. 131—137; OPZOOMER, III, bl. 192 en v. – (3) TROPLONG, n. 92 en v.

zien van herbergiers en logementhouders aanneemt. Zij zijn, volgens art. 1747, verantwoordelijk wegens diefstal of beschadiging van de goederen der reizigers, hetzij de diefstal begaan of de schade veroorzaakt zij door de dienstboden of andere bedienden der herberg, waarvoor zij ook volgens art. 1403 B. W. verantwoordelijk zijn, hetzij door ieder ander persoon. Wat tot de goederen der reizigers gebragt moet worden, hebben wij reeds vroeger gezien bij de behandeling van art. 1746. De „andere bedienden" zijn dezelfde, die art. 1953 C. N. „préposés de l'hôtellerie" noemt, en omvatten met de dienstboden allen, die in het logement geregeld of tijdelijk in bediening zijn.

257. Art. 1953 C. N. spreekt, behalve van „domestiques et préposés", van „étrangers allant et venant dans l'hôtellerie." Onze wetgever vermeende, dat er geene reden bestond voor zoodanige beperking van de verantwoordelijkheid der herbergiers, en dat dezelfde reden bestaat ten opzigte van alle personen, onverschillig of zij vreemdelingen zijn of niet, en of zij al of niet bij den herbergier zijn gehuisvest, en heeft hierom daarvoor in de plaats gegeven: „ieder ander persoon" (1). Hij heeft hierdoor niet slechts die verantwoordelijkheid uitgebreid, maar tevens het verschil van meening opgeheven, dat er over de ware beteekenis der vervangene woorden in het Fransche regt bestaat (2).

258. Onze wetgever heeft echter in art. 1748 eene uitzondering gemaakt voor het geval, dat de diefstal begaan — of gelijk wij er mogen bijvoegen, de schade veroorzaakt — is door personen, welke de reiziger zelf bij zich toegelaten heeft. Deze uitzondering, die in den C. N. niet voorkomt, is volgens ASSER daarop gegrond, dat de schade, welke de reiziger in dit geval lijdt, alleen aan hem zelven kan worden toegerekend, als voortspruitende uit het vertrouwen, dat hij aan die personen heeft geschonken (3). Men kan er bijvoegen, dat de herbergier de zoodanigen wel moet toelaten en hunne gangen

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 361; ASSER, § 824; DE PINTO, II, § 966, 2°, bl. 466 en v.; 3e uitg. § 1026, 2°, bl. 578. — (2) MALLEVILLE, IV, bl. 74 en v., verstaat daaronder de andere reizigers in het logement gelogeerd, en wil het art. niet toegepast hebben op „larrons s'introduisant furtivement dans une auberge." ZACHARIAE, II, § 406, bl. 49, n. 7, wil ook deze daaronder begrijpen. DABELOW brengt daartoe niet: 1°. de overige vreemden, die daar logeren; ook niet 2° vreemden, die in het huis komen om iets te verteren of anderen te bezoeken, maar „alle Leuten, die des Handels und Verkehrs wegen ins Haus kommen, Musikern, Friseurs und andere Personen, denen der Wirth einen Zutritt um etwas von den Fremden zu verdienen, gestattet, dergleichen Leuten, die man zum verschicken braucht, als Lohnbediente, Aufwärtern" enz., II, § 1237, bl. 542. — (3) ASSER, § 824; SCHÜLLER, op art. 1748 B. W. Verg. TROPLONG, n. 237.

niet al te zeer kan bespieden, en de reiziger zelf behoort te waken, dat hij door de zoodanigen niet benadeeld wordt.

259. Bovendien zijn de herbergiers, volgens art. 1748 B. W., niet verantwoordelijk voor gewelddadige diefstallen. Men schijnt hieronder te moeten verstaan diefstallen gepleegd met geweld, hetzij door eene overmagt van personen, hetzij door middel van braak (1), en waartegen alzoo de vereischte zorgvuldigheid niet kon beveiligen. Men mag daarbij dan tevens aannemen, dat de verantwoordelijkheid niet ophoudt, wanneer ook den herbergier eenige schuld te wijten is (2). Maar dat de diefstallen juist zouden moeten gepleegd zijn door personen, welke zich niet in het logement bevinden (3), is niet gegrond in de wet, die in 't algemeen van gewelddadige diefstallen spreekt.

260. Er is tevens beweerd, hoezeer de wet daarvan niet bepaaldelijk spreekt, dat de herbergier niet verantwoordelijk zou zijn, wanneer de diefstal of de veroorzaakte schade bepaaldelijk een gevolg is van schuld en nalatigheid van den reiziger zelven. Ik geloof dit slechts onder zekere beperking te kunnen toestemmen. Wanneer men voorwerpen van zeer hooge waarde bij zich heeft, zonder den herbergier daarop opmerkzaam te maken, geloof ik niet, dat dit eene reden kan zijn, om dezen niet voor het volle bedrag aansprakelijk te stellen (4); omdat de wet zoodanige beperking niet heeft gemaakt, en ook de beraadslagingen in het Fransche Tribunat daartoe geene aanleiding geven (5). Evenzeer zal, geloof ik, de verantwoordelijkheid des herbergiers niet ophouden, wanneer de reiziger verzuimd heeft zijne kamer behoorlijk te sluiten en den sleutel weg te nemen (6); ook voor deze bepaling toch zie ik geene aanleiding in de wet, wanneer namelijk de diefstal gepleegd is door personen, voor wie de wet den herbergier aansprakelijk stelt. Maar wanneer de reiziger eenig voorwerp nederlegt en laat liggen op eene plaats, waar het volstrekt niet behoort of die voor iedereen openstaat, zonder daarvan den herbergier of een' der zijnen kennis te geven, dan geloof ik, dat er zoodanige schuld bij hem bestaat, die de verantwoordelijkheid des herbergiers moet doen ophouden (7).

261. De wet spreekt slechts van diefstal, begaan, en van schade, veroorzaakt door personen. Wanneer men intusschen in aanmerking neemt, dat art. 1746 B. W. de herbergiers en logementhouders ver-

---

(1) ZACHARIAE, II, § 406, bl. 49, n. 8. Anders, wat braak betreft, TROPLONG, n. 235. — (2) ZACHARIAE, II, § 406, bl. 49. — (3) Zie TROPLONG, n. 236. – (4) ZACHARIAE, II, § 406, bl. 49. — (5) Verg. TROPLONG, n. 219 en v. – (6) Anders DURANTON, XVIII, n. 80; ZACHARIAE, II, § 406, bl. 49 en v., n. 10. — (7) Verg. TROPLONG, n. 288 en v.; DURANTON en ZACHARIAE, t. a. p.

antwoordelijk stelt voor de goederen der reizigers, en dat art. 1747 die verantwoordelijkheid zeer algemeen wil hebben toegepast, dan zal men deze ook wel moeten toepassen op schade, veroorzaakt door dieren, b. v. aan het paard des reizigers door andere paarden toegebragt, waarmede het op stal stond; wanneer namelijk ook hier niet zoodanige voorzorgen waren genomen, dat de schade aan eene vis major moet worden toegeschreven, waarvoor de herbergier niet aansprakelijk kan zijn (1).

262. Vatten wij nu het gezegde zamen, dan meen ik te mogen aannemen, dat de herbergier in het algemeen verantwoordelijk is voor hetgeen de reiziger heeft medegebragt, zonder dat deze in geval van diefstal of beschadiging behoeft te bewijzen, wie zich daaraan heeft schuldig gemaakt (2). De herbergier kan zich echter van verantwoordelijkheid bevrijden, door zijnerzijds te bewijzen, dat het goed door een gewelddadigen diefstal is weggekomen, of met geweld beschadigd, of dat het ontvreemd of beschadigd is door personen, welke de reiziger zelf bij zich had toegelaten, of doordien deze het goed had neergelegd of gelaten op eene geheel onbehoorlijke plaats, of wat hij anders tot zijne ontlasting mogt kunnen aanvoeren, waarvan in allen gevalle het bewijs te zijnen laste komt (3). Hij zal zich daarbij ook kunnen beroepen op de omstandigheid, dat hij verklaard heeft zich niet voor de goederen aansprakelijk te stellen, en hierin door den reiziger genoegen is genomen, of dat deze niet heeft voldaan aan zijn uitdrukkelijk te kennen gegeven verlangen, dat kostbare voorwerpen aan hem in bewaring zouden worden gegeven (4).

§ 4.

Van de verpligting tot teruggave.

263. De bewaargeving strekt daartoe, dat de bewaarnemer het goed bewaart, om het daarna in natura terug te geven. Hij moet alzoo, gelijk art. 1751 *a* B. W. bepaalt, dezelfde zaak teruggeven, welke hij ontvangen heeft. Vanhier dat hij zich, volgens art. 1465, 2° B. W., ook niet op eene vergelijking van schuld kan beroepen, wanneer de teruggave van het in bewaring gegevene van hem gevorderd wordt; de bewaargever toch zou anders wel de waarde daarvan genieten, maar niet het goed zelf terugbekomen. Tot vermijding van geschil tusschen den bewaargever en den bewaarnemer het doelmatig, dat de aard en de hoeveelheid der goederen be-

---

(1) Verg. DABELOW, II, § 1237, bl. 642. — (2) DURANTON, XVIII, n. 79. Anders POTHIER, n. 78. — (3) DURANTON, XVIII, n. 82; TROPLONG, n. 283. — (4) TROPLONG, n. 240 en v.

hoorlijk worden geconstateerd door eene beschrijving, onderteekend althans door hem, tegen wien men zich daarop zal beroepen (1); anders zal, bij gebreke van bewijs door den bewaargever, ook overeenkomstig art. 1737, de bewaarnemer geloofd moeten worden (2). Maar of zoodanige beschrijving is opgemaakt of niet, de verpligting des bewaarnemers blijft er dezelfde om; de bewaargever behoeft geene andere voorwerpen dan de in bewaring gegevene terug te ontvangen, en kan, zoo de bewaarnemer die niet teruggeeft, daarvoor eenvoudig vergoeding van kosten, schaden en interessen vorderen.

264. Uit die bepaling van art. 1751 *a* volgt, gelijk ook in het tweede lid door het woord „aldus" wordt aangeduid, dat geldsommen in dezelfde stukken geld moeten worden teruggegeven. Dit is van toepassing zoowel wanneer het geld den bewaarnemer is toegeteld, als wanneer het hem in een verzegelden zak is overgegeven (3). Hij moet dezelfde geldstukken teruggeven; daar echter het eene geldstuk aan het ander gelijk, en het een dus moeijelijk van het ander te onderscheiden is, is het natuurlijk, wanneer het geld hem los ter hand is gesteld, inderdaad voldoende, zoo hij evenveel gelijke geldstukken teruggeeft, als hem in bewaring zijn gegeven (4). Maar in allen gevalle moet hij dit dan ook, volgens art. 1751 *b*, hetzij die muntspeciën in waarde vermeerderd of verminderd zijn (5). Geheel anders is het in geval van verbruikleening; de teruggave geschiedt dan, volgens art. 1793 *b* B. W., zoo er vermeerdering of vermindering der waarde of verandering in de gangbaarheid der geldspecie plaats heeft, in zoodanige specie als ten tijde der voldoening gangbaar is, berekend naar hare gangbare waarde op dat tijdstip. Bij het verschil tusschen verbruikleening en bewaargeving is dit onderscheid zeer natuurlijk. Bij de eerste vormen de geldspeciën tezamen zekere geldsom, waarvoor de leener schuldenaar van den uitleener wordt (art. 1793 *a*); bij de laatste komen zij als bepaalde voorwerpen voor, die bewaard en in natura teruggeven moeten worden (6).

265. Wij hebben vroeger gezien, dat den bewaarnemer ook het regt gegeven kan worden, om zich, wanneer hij dit noodig heeft, van het in bewaring gegeven goed te bedienen, zonder dat de bewaargeving daardoor ophoudt bewaargeving te zijn, wanneer werkelijk de bewaring hoofdzaak was. Nu wordt er beweerd, dat in zoodanig geval, wanneer de bewaarnemer het geld gebruikt, art. 1793 *b*, en

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 45; TROPLONG, n. 111. — (2) POTHIER, n. 40; TROPLONG, n. 111. — (3) DURANTON, XVIII, n. 43. — (4) MALLEVILLE, IV, bl. 63. Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 240 en v. — (5) POTHIER, n. 39; TROPLONG, n. 111. — (6) PUCHTA, *Vorl.*, I, bl. 83 en v. Verg. TROPLONG, n. 110.

niet art. 1751 *b* B. W., zijne toepassing vinden moet (1). Ik geloof niet, dat dit gegrond is; wanneer toch de handeling bewaargeving blijft en niet van aard verandert, dan moet ook niet eene voor eene andere overeenkomst gemaakte bepaling worden toegepast, maar die, welke voor de bewaargeving zelve geschreven is, zonder dat de wet voor zoodanig geval eenige uitzondering heeft gemaakt. Eene vermindering der waarde geeft dus den bewaargever geen regt op meer geldstukken, dan hij in bewaring heeft gegeven, al heeft de bewaarnemer ook met zijn verlof het geld gebruikt; en in geval van vermeerdering dier waarde wordt de bewaarnemer door het gebruik, dat hij geheel in zijn eigen belang van het geld gemaakt heeft, niet ontheven van zijne verpligting om evenveel gelijke geldstukken terug te geven.

266. De in bewaring gegeven zaak moet worden teruggegeven in den staat, waarin zij zich op het tijdstip der teruggave bevindt. Art. 1752 *a* B. W. zegt, dat zij slechts in dien staat behoeft teruggegeven te worden; en de bewaarnemer kan daarmede volstaan, omdat de verminderingen, die de zaak buiten zijne schuld (2) ondergaan heeft, — wat hij zal moeten bewijzen (3), — ook volgens de bepaling van art. 1752 *b* B. W. voor rekening van den bewaargever komen. Res perit domino. Maar evenzeer moet het goed, zoo het zich in beteren staat bevindt dan ten tijde der bewaargeving, in dien beteren staat teruggegeven worden.

267. Wanneer het goed buiten de schuld van den bewaarnemer is verloren gegaan, is zijne verbindtenis, volgens art. 1480 B. W., vervallen, en hij tot geene teruggave verpligt. Maar zoo hem het goed door overmagt ontnomen is, en hij de waarde of iets anders daarvoor in de plaats ontvangen heeft, moet hij, volgens art. 1753 B. W., dit ontvangene aan den bewaargever teruggeven (4). Op gelijke wijze is hij zonder twijfel eveneens verpligt tot teruggave van al wat hij ontvangen heeft ter vergoeding van schade, door derden aan het goed veroorzaakt. Wanneer hij niets anders in de plaats ontvangen heeft, moet hij de regtsvorderingen afstaan, die hij deswege tegen derden hebben mogt (5). Eveneens moet hij, wanneer de zaak zelve vergaat, afgeven wat daarvan is overgebleven, b. v. de huid van een gestorven paard (6).

268. Wanneer het in bewaring gegeven goed vruchten heeft opgeleverd, die door den bewaarnemer geïnd of ontvangen zijn, is hij,

(1) DURANTON, XVIII, n. 44; DABELOW, II, § 1235, 5°, bl. 538. Verg. TROPLONG, n. 114 en v. Zie voorts OPZOOMER, III, bl. 189 en v. — (2) Bij art. 9 der Wet v. 15 Junij 1833 (Sb. n. 41) is dit woord gekomen in de plaats van *zijn toedoen*. — (3) TROPLONG, n. 120 en v. — (4) TROPLONG, n. 122. Verg OPZOOMER, III, bl. 191 en v. — (5) TROPLONG, n. 123. — (6) POTHIER, n. 42 en v.; SCHÜLLER, op art. 1753 B. W.

volgens art. 1755 *a* B. W., verpligt ze terug te geven. Dit geldt van natuurlijke vruchten, b. v. van een veulen, door een in bewaring gegeven paard geworpen (1); het geldt eveneens van burgerlijke vruchten, waarop de woorden „geïnd of ontvangen" zelfs voornamelijk terugwijzen; men denke b. v. aan coupons. In allen gevalle moeten de vruchten door den bewaarnemer genoten zijn, zal deze tot teruggave daarvan verpligt wezen (2).

269. Maar de wet bedoelt vruchten, die het goed uit en door zich zelf oplevert, ook terwijl het enkel wordt bewaard; niet zoodanige, die slechts een gevolg kunnen zijn van een gebruik van het goed, dat den bewaarnemer niet veroorloofd is, en die ook eigenlijk geene vruchten zijn. Vanhier dat de bewaarnemer volgens art. 1755 *b* B. W. geene interessen van de aan hem toevertrouwde geldsommen verschuldigd is, dan van den dag, dat hij, daartoe aangemaand (3), in de teruggave daarvan nalatig is geweest; en dit is overeenkomstig den algemeenen regel van art. 1279 B. W. Buiten dit ééne geval zijn geene interessen verschuldigd, ook dan niet, wanneer den bewaarnemer verlof was gegeven, om, zoo hij dit noodig heeft, gebruik van het geld te maken, en hij daarvan werkelijk gebruik heeft gemaakt, tenzij voor dat geval anders tusschen partijen mogt zijn overeengekomen (4). Dit geldt zelfs, gelijk wij reeds (n. 242) zagen, wanneer hem zoodanig verlof niet was gegeven; hij kan dan verpligt zijn tot vergoeding van schade, waar die veroorzaakt is, maar is tot geene teruggave van vruchten verpligt (5).

270. Wanneer eenig goed aan meer dan één in bewaring is gegeven, zijn deze, bij gebreke van bepaald beding deswege, daar ook de wet daarvan zwijgt, blijkens art. 1318 B. W. niet hoofdelijk verbonden (6). Het goed moet dus van ieder hunner voor zijn aandeel, en kan niet van één hunner voor het geheel worden teruggevorderd, tenzij het eene ondeelbare zaak mogt zijn, die als zoodanig van ieder hunner teruggeëischt worden kan. Hetzelfde geldt ook van de gezamenlijke erfgenamen van den bewaarnemer, op wie, gelijk in het algemeen, zoo ook in dezen zijne verpligtingen overgaan (7).

271. Bijzonder in het belang der erfgenamen van een' bewaarnemer behelst art. 1754 B. W. deze bepaling, dat zij, zoo zij, niet wetende, dat eene zaak, door hen in den boedel gevonden, in bewaring ontvangen was, haar te goeder trouw verkocht hebben, alleen

---

(1) POTHIER, n. 45; DURANTON, XVIII, n. 49. — (2) TROPLONG, n. 131. — (3) POTHIER, n. 47; TROPLONG, n. 133 en v.; DURANTON, XVIII, n. 51; ZACHARIAE, II, § 403, bl. 47 en n. 6. — (4) DURANTON, XVIII, n. 52; TROPLONG, n. 134. — (5) OPZOOMER, III, bl. 194. — (6) DURANTON, XVII, n. 63. Verg. TROPLONG, n. 112. — (7) DURANTON, XVII, n. 62.

gehouden zijn den door hen ontvangen koopprijs terug te geven, of, zoo zij dien nog niet ontvangen hebben, hunne regtsvordering tegen den kooper af te staan (1). Bij de beraadslagingen vond men eenige tegenstrijdigheid tusschen deze bepaling en die van art. 1507 B. W., volgens welke de verkoop van eens anders goed nietig is. Men merkte aan, dat hier eens anders goed verkocht is, en keurde het af, dat de bewaarnemer evenwel slechts regt op den koopprijs zou hebben. De Regering verdedigde art. 1754 met te zeggen, dat het eene noodzakelijke uitzondering is op den regel van de nietigheid des verkoops van eens anders goed (2). Dit antwoord gaf alle reden tot de aanmerking, dat men dan, om zich zelven gelijk te blijven, bij art. 1507 eene uitzondering moest voegen voor het geval van verkoop te goeder trouw. Maar mijns bedunkens had men hier liever op art. 2014 *a* B. W. moeten wijzen. Het geldt hier toch enkel roerende goederen: en de derde, die ze van den bewaarnemer heeft gekocht, en wien ze dien ten gevolge zijn geleverd, heeft daardoor het bezit verkregen, dat voor hem geldt als volkomen titel, zoodat uit dien hoofde van geene nietigheid van den verkoop meer sprake kan zijn (3).

272. De bepaling van art. 1754 B. W. is billijk; de erfgenaam toch, die onbekend is mèt de bewaargeving, moet het goed beschouwen als behoorende tot den boedel, en zich zelven dus als bevoegd om daarover vrij te beschikken, en hij verdiende niet daardoor het slagtoffer zijner onkunde te worden (4). Maar daarom wordt dan ook gevorderd, dat de erfgenaam, *niet wetende*, dat de zaak in bewaring ontvangen was, haar *te goeder trouw* verkocht heeft. Bij de beraadslaging werd aangemerkt, dat deze laatste woorden minder noodig waren, daar de goede trouw van zelf daarin scheen gelegen te zijn, dat de erfgenaam verkocht heeft, niet wetende van de bewaargeving. Daartegen werd echter opgemerkt, dat die woorden nuttig konden zijn, omdat, bij twijfel omtrent de bewaargeving, met een onbehoorlijk oogmerk verkocht kon zijn, en het volkomen bewijs der *wetenschap* des erfgenaams altijd moeijelijk te leveren zal wezen (5).

273. De bewaargever kan zijn goed niet als eigenaar terugvorderen van den derden bezitter; wij zagen, dat art. 2014 *a* B. W. dit geheel uitsluit (6). Hij kan het zelfs dan niet, wanneer de erfgenaam

---

(1) Pothier, n. 44 en v. — (2) Voorduin, V, bl. 362 en v. Verg. de pinto, II, § 955, bl. 465; 3e uitg. § 1015, bl. 577; vernede, op art. 1754 B. W. — (3) Verg. hierboven VII, n. 56. — Schüller kent hier aan art. 1507 volkomen kracht toe. – (4) Duranton, XVIII, n. 48; troplong, n. 124; voorduin, V, bl. 363; de pinto, t. a. p. — (5) Voorduin, V, bl. 363 en v. — (6) Duranton, XVIII, n. 48; troplong, n. 130; de pinto, t. a. p. Anders schüller, op art. 1754 B. W.

te kwader trouw had verkocht; het bezit blijft daarom voor den derde volkomen titel (1). In dat geval is echter de erfgenaam verpligt tot volledige vergoeding van kosten, schaden en interessen, omdat hij zich in de onmogelijkheid heeft gesteld om de zaak te leveren (art. 1272 B. W.). In het geval van goede trouw kan hij volstaan met aan den bewaargever of diens erfgenamen — de eenige, die hier in aanmerking kunnen komen (2) — terug te geven wat hij voor het goed heeft bekomen, den koopprijs, zoo hij dien ontvangen heeft, onverschillig of die overeenkomstig de waarde of wel beneden of boven de waarde was (3), — de aanspraak tegen den kooper, zoo de prijs nog niet ontvangen is. Die prijs kon niet door den bewaargever, die geen verkooper was, maar alleen door den erfgenaam des bewaarnemers worden gevorderd; doch deze moet zijne inschuld op genen overdragen, met al hetgeen daaraan eigen en verbonden is (4).

274. Wanneer de erfgenaam, onbewust van de bewaargeving, te goeder trouw het goed heeft verbruikt, heeft hij de waarde daarvan genoten, en is het dus billijk, dat hij die evenzeer vergoedt, alsof hij die door verkoop van eenen derde had ontvangen. Hij zal alzoo de waarde moeten vergoeden, die het goed had toen hij het verbruikte; deze toch heeft hij genoten en niet de waarde, welke het goed zou gehad hebben, toen het moest worden teruggegeven (5).

275. Zachariae beweert hetzelfde voor het geval, dat de erfgenaam, altijd te goeder trouw, het goed heeft weggeschonken. Dit komt mij echter niet aannemelijk voor; de erfgenaam toch heeft in dat geval niets voor het goed bekomen, en gelijk men nu door art. 1754 heeft willen zorgen, dat zijne onkunde hem geen nadeel berokkende, zoo moet hij dien overeenkomstig in dit geval van alle vergoeding vrij zijn. Art. 1754 B. W. behelst voor den erfgenaam des bewaarnemers gelijke bepaling als art. 1399 *a* voor hem, die iets ontvangen heeft, wat hem niet verschuldigd was; en wij aarzelen niet, hetgeen art. 1399 *b* er ten aanzien van dezen bijvoegt, mede op genen toe te passen (6).

276. De bewaarnemer moet in het algemeen het goed teruggeven aan den bewaargever. Hij mag het, volgens art. 1756 B. W., niet terruggeven dan aan dengene, die het hem heeft toevertrouwd, of aan hem, in wiens naam de bewaring — liever bewaargeving (7) — gedaan is, of die aangewezen is om het terug te ontvangen. De zin dier bepaling komt, mijns bedunkens, hierop neder. De be-

(1) Duranton, t. a. p. — (2) De onderscheiding van schüller, op art. 1754 B. W., staat daarmede in verband, dat hij art. 2014 *a* uit het oog verliest. — (3) Troplong, n. 125 en v. — (4) Malleville, IV, bl. 64; duranton, t. a. p.; opzoomer, III, bl. 191 en v. — (5) Duranton, XVIII, n. 48; zachariae, II, § 403, bl. 47. — (6) Schüller, op art. 1754 B. W. — (7) Zoo art. 1764 Wetb. v. 1830. Verg. voorduin, V, bl. 364 en v.

waarnemer mag in den regel het goed slechts teruggeven aan dengene, die het hem in bewaring heeft gegeven, omdat hierdoor in den regel eene verbindtenis is ontstaan tusschen hem en dezen. Zoo echter hij, die het goed in bewaring gaf, dit deed in naam van een' ander en als diens gemagtigde, mag de bewaarnemer het slechts aan dezen teruggeven, die de eigenlijke bewaargever is (1), en niet aan dengene, van wien hij het ontvangen heeft, tenzij die ook behoorlijk gemagtigd mogt zijn om het terug te ontvangen. In dit geval wordt het goed, aan hem teruggegeven, geacht teruggegeven te zijn aan dengene, in wiens naam het in bewaring is gegeven, den eigenlijken bewaargever. Hetzelfde geldt, wnnneer bij de bewaargeving een derde is aangewezen om het goed terug te ontvangen, en voorts zoo dikwijls de bewaargever daartoe iemand heeft gemagtigd.

277. De derde, die overeenkomstig het slot van art, 1756 bij de bewaargeving zelve is aangewezen, om het goed terug te ontvangen, kan van den beginne af als lasthebber beschouwd worden, en de bewaarnemer kan dus aan hem teruggeven, tenzij die lastgeving mogt zijn ingetrokken en daarvan aan den bewaarnemer kennis gegeven. Die aangewezene is echter in den regel niet de eenige, aan wien deze het goed kan teruggeven; hij kan toch op zich zelf geene regten ontleenen aan de bewaargeving, die slechts eene verbindtenis schept tusschen den bewaargever en den bewaarnemer. Deze is dus natuurlijk ook geldig bevrijd door het goed aan den bewaargever zelven terug te geven, die geacht moet worden die aanwijzing slechts in zijn belang te hebben gedaan, en alzoo, door zelf het goed terug te nemen, daarvan af te zien of die te herroepen (2). Anders zou het slechts zijn, wanneer de aangewezene tot de handeling had medegewerkt, en daardoor bewaargever en bewaarnemer beide ook jegens hem verbonden waren.

278. „Indien degene die de zaak in bewaring gegeven heeft," of in wiens naam zij in bewaring gegeven is, „van staat veranderd is, bij voorbeeld indien een op het tijdstip der bewaargeving niet gehuwde vrouw naderhand getrouwd is (3), en zich alzoo onder de magt van haren man bevindt; indien een meerderjarige bewaargever onder curatele is gesteld; in alle deze en soortgelijke gevallen mag het in bewaring gegeven goed niet teruggegeven worden, dan aan dengene, die het beheer heeft over de regten en goederen van den bewaargever (4), ten ware de bewaarnemer wettige gronden mogt hebben,

---

(1) TROPLONG, n. 145. — (2) DURANTON, XVIII, n. 55; ZACHARIAE, II, § 403, bl. 47. Zie echter VERNEDE, op art. 1756 B. W. — (3) Tenzij het geval van art. 249 B. W. aanwezig mogt zijn; DURANTON, XVIII, n. 64. — (4) POTHIER, n. 51; TROPLONG, 160 en v.

om de verandering van staat niet te weten"; art. 1759 B. W. In die gevallen zou het goed zelfs niet teruggegeven mogen worden aan den daarvoor aangewezen persoon; „niet — dan aan dengene", zegt de wet. Men heeft den wettigen vertegenwoordiger van den bewaargever de beschikking over het goed willen verzekeren, even als deze zelf die had, en de lastgeving, welke in die aanwijzing lag opgesloten, is ook volgens art. 1850 B. W. geëindigd.

279. De aan het slot geplaatste uitzondering komt in art. 1940 C. N. niet voor, en is er door onzen wetgever bijgevoegd, omdat het billijk was, dat eene den bewaarnemer onbekend geblevene omstandigheid hem geene schade veroorzaakt (1). De redactie is zeker niet bijzonder gelukkig; de bedoeling zal echter wel zonder twijfel deze zijn, dat de bewaarnemer ook geldig bevrijd is, wanneer hij niet aan dengene, die het beheer heeft over de goederen van den bewaargever, maar aan dezen zelven het goed heeft teruggegeven, indien er voldoende gronden aanwezig zijn om aan te nemen, dat hij van de verandering van staat geene kennis heeft gedragen.

280. „Indien de bewaargeving door eenen voogd, curator, echtgenoot of bewindvoerder gedaan is, en hun (diens) beheer geëindigd is, kan het goed alleenlijk teruggegeven worden aan den persoon die door dezen voogd, curator, echtgenoot, of bewindvoerder vertegenwoordigd werd"; art. 1760 B. W. In het algemeen kan aan hem, die in eenige hoedanigheid iets in bewaring heeft gegeven, de teruggave niet worden gedaan, wanneer hij die hoedanigheid niet meer bezit (2).

281. In geval van overlijden van den bewaargever, kan het goed, volgens art. 1758 *a* B. W., alleen aan zijnen erfgenaam worden teruggegeven. Ook in dit geval kan het niet meer teruggegeven worden aan een' derde, die aangewezen is om het terug te ontvangen. Wij zagen reeds, dat die derde als een lasthebber van den bewaargever beschouwd moet worden; maar nu is dan ook die lastgeving met den dood van den bewaargever geëindigd (art. 1850 B. W.), en terwijl deze zelf de vrijheid had om op die aanwijzing terug te komen, heeft zij voor den erfgenaam van zelve hare kracht verloren. Dit wordt dan ook bevestigd, doordien de tribun FAVARD zich ten aanzien der gelijke bepaling van art. 1939 *a* C. N. bepaaldelijk in dien geest heeft uitgelaten (3).

282. Indien er meer erfgenamen zijn, moet het goed, volgens art. 1758 *b* B. W., teruggegeven worden aan allen gezamenlijk, of aan elk van hen voor zijn aandeel, zoo het namelijk deelbaar is. De bewaarnemer, die in dit geval het geheel teruggaf aan een' der erfgena-

---

(1) ASSER, § 826. Hetzelfde leert ook TROPLONG, n. 162. — (2) POTHIER, n. 49; TROPLONG, n. 163 en v. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 242. Verg. TROPLONG, n. 146—152; OPZOOMER, III, bl. 196 en v.

men, zonder dat deze daartoe door de overigen gemagtigd was, zou daardoor jegens de anderen niet bevrijd zijn (1). Voor het aandeel van den erfgenaam, die het zijne terugontvangen heeft, is hij geldig bevrijd, en men mag ook thans nog aannemen, wat JUSTINIANUS besliste (2), dat die erfgenaam dat aandeel voor zich behoudt, en niet met zijne mede-erfgenamen behoeft te deelen, al kunnen deze ook later van den bewaarnemer het hunne niet terugbekomen. De oorspronkelijke verbindtenis is in zoo vele afzonderlijke verbindtenissen opgelost, waarbij ieder erfgenaam tegenover den bewaarnemer op zich zelf staat.

283. Indien de in bewaring gestelde zaak ondeelbaar is, moeten volgens art. 1758 *c* B. W. de erfgenamen zich onderling omtrent hare overneming verstaan. Zoolang hun dit niet gelukt, blijft het goed bij den bewaarnemer, die daarvan slechts ontslagen kan worden door, overeenkomstig art. 1763 B. W., krachtens regterlijk verlof het goed op eene andere plaats in bewaring te stellen (3), en niet door het af te geven aan hen, die het grootste aandeel in de erfenis hebben (4).

284. De bepaling van art. 1758 *c* B. W. vindt ook dan hare toepassing, wanneer de in bewaring gegeven zaken, hoezeer op zich zelve deelbaar, den bewaarnemer in eene gesloten kist of een verzegeld omslag, gelijk art. 1750 B. W. zegt, zijn toevertrouwd geworden (5). Hij moet het goed in gelijken staat teruggeven, mag volgens dit artikel niet onderzoeken, waarin de zaken bestaan, en moet dus de kist gesloten, het omslag verzegeld laten; de strekking der verbindtenis maakt de zaak alzoo onvatbaar voor gedeeltelijke levering (6). Het Romeinsche regt behelst deswege wel is waar eene andere bepaling (7), die DURANTON aldus wil gevolgd hebben, dat de opening zou plaats hebben ten overstaan van den voorzitter der regtbank, en de sluiting of verzegeling weder door dezen zou geschieden, nadat het aandeel van een der erfgenamen er uit is genomen (8); maar voor zoodanige handelwijze behelst onze wet geen' grond. Wanneer echter de gezamenlijke erfgenamen den bewaarnemer van het verbod van art. 1750 voor zoo ver onthieven, en toelieten, dat één

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 59. — (2) L. 12 C. *depositi vel contra* (IV, 34). Verg. TROPLONG, n. 157; die echter, n. 158, teregt aanmerkt, dat hetzelfde niet gelden kan wanneer een der erfgenamen b. v. een der in bewaring gegeven paarden heeft teruggenomen, omdat ieder paard tot aan de scheiding onverdeeld aan alle belanghebbenden behoort. — (3) DURANTON, XVIII, n. 60. — (4) Zoo TROPLONG, n. 159. — (5) DE PINTO, II, § 956, bl. 465 en v.; 3e uitg. § 1016, bl. 577; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1758 B. W. — (6) Zie hierboven VI, n. 332. — (7) L. 1, § 36 D. *depositi vel contra* (XVI, 3); POTHIER, n. 53. — (8) DURANTON, XVIII, n. 59. Verg. TROPLONG, n. 156.

hunner zijn aandeel ontving en het overige weer ingepakt bij den bewaarnemer bleef, die zich daarmede bleef belasten, dan zouden volstrekt geene verdere formaliteiten, ook geene regterlijke tusschenkomst, daarbij vereischt worden; maar dan zou ook eigenlijk de oorspronkelijke bewaargeving hebben opgehouden, en eene nieuwe in de plaats daarvan zijn gekomen.

285. De bepalingen van art. 1758 *b* en *c* B. W. gelden evenzeer wanneer oorspronkelijk meer bewaargevers tezamen het goed in bewaring hebben gegeven (1). Ieder hunner kan dan ook, zoo het deelbaar is, zonder zijne medegeregtigden op te roepen, zijn aandeel, maar ook slechts zijn aandeel daarvan naar welgevallen terugvorderen (2). Zoo het ondeelbaar is, moeten zij er zich tezamen over verstaan. Alleen wanneer bij de bewaargeving was bepaald, dat ieder der bewaargevers het geheele goed kan terugnemen, is ieder hunner als een hoofdelijk schuldeischer te beschouwen, en is de bewaarnemer, door het goed aan één hunner te geven, jegens allen geldig bevrijd.

286. De bewaarnemer moet het goed aan den bewaargever teruggeven, en mag, volgens art. 1757 *a* B. W., van dezen geen bewijs vorderen, dat hij de eigenaar daarvan is. Hij mag de teruggave niet van dat bewijs afhankelijk stellen, en kan ook, wanneer de bewaargever het goed in regten terugvordert, diens niet-ontvankelijkheid niet beweren, op grond dat hij niet bewijst eigenaar te zijn. De bewaargever vraagt ook de teruggave niet op grond van zijn' eigendom, maar op grond der bewaargeving; de bewaarnemer is niet jegens den eigenaar als zoodanig, maar jegens den bewaargever verbonden, en deze verbindtenis is onafhankelijk van den eigendom. Men behoeft toch, gelijk wij zagen, geen eigenaar te zijn, om iets in bewaring te kunnen geven (3).

287. Indien evenwel de bewaarnemer ontdekt en bewijst, dat hij zelf eigenaar is van het goed en als zoodanig daarover de volle beschikking heeft, houden, volgens art. 1764 B. W., al zijne verpligtingen op, en dus ook die tot teruggave. De bepaling der wet is niet geheel volledig, daar ook de eigenaar bewaarnemer zijn kan voor een' ander, die uit eenigen hoofde het goed in zijn bezit mag hebben, en hij in dat geval, niettegenstaande zijn' eigendom, tot teruggave verpligt blijft, zoo het regt van den bewaargever nog niet is opgehouden. Men had slechts het oog op het geval, dat de bewaar-

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 61; ZACHARIAE, II, § 403, bl. 47, n. 9; V. ASSEN, § 365, bl. 403. — (2) Verg. Winschoten 19 Febr. 1851, *N. R. B.*, II, bl. 15 en v. — (3) DURANTON, XVIII, n. 58; TROPLONG, n. 139; ASSER, § 820; SCHÜLLER, op art. 1757 B. W.

nemer, het goed in bewaring nemende, niet wist, of er niet aan dacht, dat hij eigenaar was, en in die veronderstelling maakte men eene bepaling, welker toepassing noodwendig beperkt moet worden tot het geval, dat hij als eigenaar regt heeft om het goed onder zich te houden (1). Zijn regt zelf kan dan het onderwerp worden van een regtsgeding, maar waar het bewezen is, houden zijne verpligtingen als bewaarnemer van zelve op.

288. Indien de bewaarnemer ontdekt, onverschillig op welke wijze, mits met genoegzame zekerheid (2), dat het goed is gestolen, en wie daarvan de wezenlijke eigenaar is, moet hij dezen, volgens art. 1757 *b* B. W., kennis geven, dat het goed bij hem in bewaring gesteld is, met aanzegging, om het binnen een bepaalden en genoegzamen tijd op te eischen. De wet legt hem deze verpligting op in het belang van den eigenaar, die op die wijze zijn goed kan terugbekomen. En het is geene bloote aanbeveling, die zij hier doet; zij legt eene volkomene verpligting op, met dat gevolg, dat de bewaarnemer, van wien de eigenaar bewijzen kan, dat hij wist, dat het goed hem ontstolen was, door het verzuim der kennisgeving zich aansprakelijk zou stellen tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, daardoor bij dezen geleden, onverminderd zijne vervolgbaarheid tot straf, zoo hem tevens heling te last gelegd kon worden (3). Die aansprakelijkheid blijkt ook uit de verdere bepaling van art. 1757 *b*.

289. De bewaarnemer moet eenen termijn stellen, waarin de eigenaar het goed kan opeischen, en die termijn moet genoegzaam zijn, d. i. lang genoeg, dat de eigenaar intusschen voor zijn belang kan zorgen; wat van zijne minder of meer verwijderde woonplaats en de verdere omstandigheden afhankelijk is (4). Hij mag echter het goed niet op eigen gezag aan den eigenaar teruggeven; hij mag niet als regter uitspraak doen over den eigendom; hij zal dus, wanneer de eigenaar buiten regten komt, om het zijne terug te halen, den bewaargever er bij moeten roepen, en slechts met toestemming van dezen het goed aan genen mogen afgeven. Zonder die toestemming is hij niet geregtigd, het goed aan den ontdekten eigenaar af te geven, dan uit kracht van een vonnis; de eigenaar kan namelijk het goed in regten opeischen, hetzij tegen den bewaargever, voor wien de bewaarnemer bezit, hetzij tegen dezen als houder; die dan genen in het geding zal moeten roepen, zoo de eigenaar zelf dit niet heeft gedaan (5). Hetzelfde geldt, wanneer de eigenaar, zonder kennisge-

(1) Zie hierboven n. 216. Verg. OPZOOMER, III, bl. 198. — (2) TROPLONG, n. 141. — (3) DURANTON, XVIII, n. 58. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 241. — (5) Verg. ook POTHIER, n. 50; DURANTON, XVIII, n. 58; TROPLONG, n. 142.

ving van den bewaarnemer, uit zich zelf bij dezen komt, om het goed als zijn' eigendom op te vragen (1).

290. Gedurende den termijn, dien de bewaarnemer gesteld heeft, kan hij ook niet geldig het goed aan den bewaargever op diens aanvrage teruggeven, dan met toestemming van hem, wien hij voor den eigenaar hield. Maar wanneer deze verzuimt, op de aanzegging, binnen den gestelden termijn het goed terug te eischen, is de bewaarnemer, volgens art. 1757 *b* B. W., wettiglijk ontslagen door de overgave van het goed aan dengene, van wien hij het ontvangen heeft. Al wil men ook nog niet aannemen, dat hij in dit geval gegronde redenen heeft om het daarvoor te houden, dat hij gedwaald heeft, of de zaak tusschen den bewaargever en den eigenaar geschikt is, in allen gevalle bestond er geene reden om, nu de eigenaar voor zijn belang heeft kunnen, maar niet willen waken, des bewaarnemers verpligting tot teruggave aan den bewaargever nog langer op te schorten, of hem in het belang van den eigenaar tot verdere maatregelen te verpligten (2).

291. Duranton wil de bepalingen van art. 1757 *b* B. W. ook toegepast hebben, waar de bewaarnemer ontdekt, dat het hem in bewaring gegeven goed gevonden is, en wie het heeft verloren (3). Dat echter in art. 637 en 2014 *b* B. W. verloren en gestolen zaken gelijk gesteld zijn, zal wel geene voldoende reden opleveren om die gelijkstelling ook aan te nemen, waar de wet slechts van ééne van beiden spreekt, en om eene bepaling, die afwijkt van den gewonen regel, uit te breiden tot een geval, dat de wetgever niet heeft uitgedrukt en niet eens blijkt bedoeld te hebben; te minder, daar hij, die iets gevonden heeft, in het algemeen toch wel niet gelijk staat met een' dief (4).

292. Wat de plaats der teruggave betreft, art. 1761 *a* B. W. zegt, dat de teruggave der in bewaring gegeven zaak moet geschieden ter plaatse bij de overeenkomst aangewezen. Die overeenkomst toch is wet voor partijen: en of nu de teruggave op die plaats voor eene van deze moeijelijk is, zij moet toch dáár geschieden, zoo beide partijen niet nog over eene andere plaats overeenkomen. De bepaling van het derde lid geldt intusschen ook voor dit geval; de bewaarnemer moet, tenzij het tegendeel bepaaldelijk bedongen zij, geene kosten dragen wegens de verplaatsing van het goed. De kosten, deswege te vallen, zegt de wet, zijn voor rekening van den bewaargever. Dit geldt zelfs, wanneer het goed zich oorspronkelijk op die plaats be-

(1) Troplong, n. 143. — (2) Pothier, n. 50; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 233, 241; malleville, II, bl. 66; duranton, XVIII, n. 58; troplong, n. 140; schüller, op art. 1757 B. W. — (3) Duranton, XVIII, n. 58. — (4) Troplong, n. 144; zachariae, II, § 403, bl. 48 en n. 1.

vond, maar de bewaarnemer later, door verhuring of anderszins, wettige redenen had om het naar elders over te brengen (1). En ook de kosten der reis, die de bewaarnemer er om moet doen, zijn daaronder begrepen (2), tenzij hij zich toch op hetzelfde tijdstip ook om andere redenen naar dezelfde plaats moest begeven (3).

293. Indien de overeenkomst de plaats der teruggave niet aanwijst, moet deze, volgens art. 1761 *b* B. W., geschieden op de plaats zelve, waar de bewaargeving geschied is. De dubbelzinnigheid van het Fransche „lieu de dépôt," — waaronder de plaats van bewaargeving verstaan kan worden, maar ook die, waar de in bewaring gegeven zaak, ook le dépôt genoemd, zich bevindt (4), — is door onze bepaling opgeheven. Ik zie voorts hierin eene toepassing van art. 1429 *a* B. W. op dit bepaald geval, en niet eene afwijking daarvan, gelijk SCHÜLLER wil, alsof hier niet de teruggave moest geschieden ter plaatse, waar tijdens het aangaan der verbindtenis de zaak zich bevond, die daarvan het onderwerp uitmaakte (5). Wij hebben toch gezien, dat de verbindtenis eerst door de overgave geboren wordt; en nu is dus de plaats, waar deze overgave, en waar alzoo de bewaargeving geschied is, ook juist de plaats, waar de zaak zich bevond en moest bevinden tijdens het aangaan der verbindtenis (6). De teruggave moet, tenzij anders mogt worden overeengekomen, daar geschieden, al is de bewaarnemer ook later van woonplaats veranderd en het goed dus naar elders overgebragt. Maar ook hier zijn weder, volgens het derde lid, de kosten voor rekening van den bewaargever, wat uit de bepaling van den C. N. niet zoo bepaald bleek (7).

294. Wat den tijd der teruggave betreft, zoo geldt als algemeene regel de bepaling van art. 1762 B. W., dat de in bewaring gegeven zaak aan den bewaargever teruggegeven moet worden, zoodra hij zulks vordert, ook dan wanneer bij de overeenkomst een bepaalde tijd voor de teruggave is vastgesteld (8). De bewaring geschiedt in het algemeen enkel in het belang van den bewaargever, die ook geacht wordt die tijdsbepaling in zijn belang gemaakt te hebben, en in allen gevalle zijn regt daardoor niet te hebben beperkt, om naar welgevallen, ook vroeger, het goed terug te vragen. De bewaarnemer kan dus de teruggave niet weigeren, omdat de bepaalde tijd nog niet is verstreken, noch op dien grond de niet-ontvankelijkheid beweren van den bewaargever, die de teruggave vordert.

---

(1) POTHIER, n. 55. — (2) DURANTON, XVIII, n. 66; TROPLONG, n. 166. — (3) TROPLONG, n. 167. — (4) DURANTON, XVIII, n. 67; TROPLONG, n. 168. Verg. POTHIER, n. 56. — (5) SCHÜLLER, op art. 1429 en 1761 B. W. – (6) Verg. hierboven VI, n. 781, n. — (7) Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 68 en v. – (8) POTHIER, n. 57; DURANTON, XVIII, n. 68; TROPLONG, n. 171, 173.

295. De erfgenaam van dezen heeft dezelfde bevoegdheid; alleen zal de bewaarnemer, die hem als zoodanig niet kent, tot de teruggave niet verpligt zijn, zoolang de erfgenaam van deze zijne hoedanigheid niet heeft doen blijken (1).

296. De bepaling van art. 1762 is algemeen en laat bezwaarlijk eenige uitzondering toe, die de wet niet zelve heeft erkend, ook niet voor het geval, dat den bewaarnemer eenig gebruik van de zaak is veroorloofd. Alleen zal men kunnen aannemen, dat, zoo hij ten gevolge van dat geoorloofd gebruik buiten eenige schuld zijnerzijds op het eigen oogenblik niet aan de aanvrage kan voldoen, hem daartoe de noodige tijd moet worden gelaten, zonder dat hij daarom aanstonds behandeld moet worden als een bewaarnemer, die zijn' pligt verwaarloost en als zoodanig tot schadevergoeding kan worden verwezen. Hetzelfde geldt, wanneer het goed zich niet bevindt ter plaatse, waar de teruggave moet geschieden (2).

297. De eenige uitzondering op des bewaarnemers verpligting om het goed op aanvrage terug te geven, welke art. 1762 B. W. erkent, bestaat in het geval, dat onder zijne handen beslag is gelegd (3). Dit geldt niet alleen wanneer bepaaldelijk op het in bewaring gegeven goed beslag is gelegd, maar ook wanneer dit is geschied op al wat de bewaarnemer voor den bewaargever onder zich heeft of aan dezen verschuldigd is, en voorts onverschillig of het beslag teregt gelegd is of niet (4). De bepalingen van het W. v. B. R., bepaaldelijk art. 735 en v., moeten dan worden nageleefd. De bewaarnemer behoeft dan niet alleen het goed niet aan den bewaarnemer terug te geven, maar is zelfs, zoo hij het doet, daardoor jegens den beslaglegger aansprakelijk (5). Dat een derde zich als den wettigen eigenaar heeft doen kennen, is geene geldige reden om de afgifte te weigeren, zoo hij niet tevens beslag op het goed heeft gelegd (6).

298. Eene andere uitzondering erkent art. 1766 B. W. door het toekennen van een regt van terughouding, waarop wij straks terugkomen. Dat regt bestaat echter alleen binnen de daar aangewezene grenzen; en dat de bewaarnemer uit anderen hoofde schuldeischer is van den bewaargever, geeft hem geene bevoegdheid om de afgifte te weigeren (7).

299. Dezelfde vrijheid, die de bewaargever heeft om het goed naar welgevallen terug te vragen, heeft de bewaarnemer niet om het

---

(1) POTHIER, n. 58, 4°. — (2) POTHIER, n. 58, 1°; DURANTON, XVIII, n. 68; TROPLONG, n. 172. — (3) Verg. VOORDUIN, V, bl. 366 en v.; LIPMAN, bl. 518. — (4) POTHIER, n. 58, 2°. — (5) DURANTON, XVIII, n. 56. Verg. TROPLONG, n. 174. — (6) TROPLONG, n. 176. — (7) POTHIER, n. 58, 3°.

terug te geven. Wel schijnt hij daartoe volkomen bevoegd te zijn, wanneer bij de bewaargeving geen tijd voor de teruggave is bepaald, en kan hij dus, zoo de bewaargever het goed niet wil terugnemen, aanbod doen en van consignatie laten volgen, of wel de bepaling van art. 1448 B. W. opvolgen (1). Maar wanneer er bij de overeenkomst een tijdstip voor de teruggave is bepaald, heeft hij die bevoegdheid niet; hij heeft zich dan verbonden het goed tot aan dien tijd, die toch geacht wordt in het belang van den bewaargever bepaald te zijn, voor dezen te bewaren (2).

300. Intusschen is hem door onzen wetgever in art. 1763 B. W. de bevoegdheid gegeven, om, wanneer hij wettige reden heeft om zich van het in bewaring gegeven goed te ontlasten, ook vóór dat tijdstip het goed aan den bewaargever terug te geven, of, bij zijne weigering, van den regter verlof te vragen om het op eene andere plaats in bewaring te stellen. De C. N. zwijgt hiervan (3); onze wetgever achtte echter zoodanige bepaling noodig, als eene billijke wederkeerigheid, gelijk ASSER zegt, van hetgeen bij het vorig artikel ten aanzien van den bewaargever is vastgesteld; terwijl het hoogst onbillijk zou zijn, hem, die een' ander om niet, althans in diens belang, te dienste staat, te noodzaken voor het in bewaring gegevene te zorgen, ook wanneer wettige redenen hem dit hoogst bezwaarlijk maken (4).

301. Hij kan zich echter daarvan niet ontlasten, zonder wettige redenen. ASSER voert als voorbeeld daarvan aan het geval, dat de bewaarnemer zich in de noodzakelijkheid bevindt om eene verre reis te doen en daarom zijne huishouding moet opbreken. In het algemeen schijnt men als wettige reden te moeten beschouwen elke omstandigheid, waardoor de bewaring van het hem toevertrouwde goed den bewaarnemer in de behartiging zijner eigene belangen te zeer zou belemmeren. De beoordeeling staat in elk bijzonder geval aan den regter, die echter, zoo hij het bestaan van wettige redenen aanneemt, het bedoelde verlof niet zal mogen weigeren; de wet zegt, dat de bewaarnemer dat verlof van den regter *kan bekomen*. En waar het gegeven wordt, geschiedt de uitvoering ongetwijfeld alweder ten koste van den bewaargever.

---

(1) ZACHARIAE, II, § 404, bl. 48 en n. 4. — (2) DE PINTO, II, § 960, bl. 466; 3e uitg. § 1020, bl. 577 en v. — (3) Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 69 en v.; DURANTON, XVIII, n. 57; TROPLONG, n. 178. — (4) ASSER, § 827; LIPMAN, bl. 519.

§ 5.

Van de verpligtingen van den bewaargever.

302. Voor den bewaargever ontstaan onmiddellijk uit de bewaargeving geene verpligtingen; deze worden voor hem slechts middellijk door de omstandigheden uit kracht der bewaargeving geboren (1). Zoo hebben wij reeds gezien, dat hij, volgens art. 1761 *c* B. W., de kosten dragen moet, vallende op de teruggave van het in bewaring gegeven goed; en die teruggave zal door den bewaarnemer kunnen worden uitgesteld totdat de bewaargever maakt, dat hij haar kosteloos kan doen. Zoo staan in het algemeen tegen de regten van den bewaarnemer, waarvan wij in sommige gevallen spraken, verpligtingen van den bewaargever over.

303. Bepaaldelijk is deze, volgens art. 1765 B. W., verpligt aan den bewaarnemer te vergoeden alle onkosten, welke hij gemaakt heeft tot behoud van het in bewaring gestelde goed; waaronder ook verstaan moeten worden de kosten op de bewaring zelve gevallen. Dit is bepaald tot de kosten, gemaakt tot behoud van het goed, omdat de bewaarnemer, tot wiens bewaring de zorg voor het behoud der zaak gerekend mag worden te behooren, als zoodanig geene roeping of aanleiding heeft tot andere uitgaven, al kunnen die ook gezegd worden tot nut gedaan te zijn. De bewaarnemer, die alleen heeft te bewaren, mag ook op eigen gezag geene kosten veroorzaken, die welligt den bewaarnemer geenszins aangenaam en door dezen niet gemaakt zouden zijn. Nu komt het mij wel voor, dat kosten, door den bewaarnemer tot behoud van het goed gemaakt, omdat hij ze dringend noodzakelijk achtte, aan hem vergoed moeten worden, al konden ze ook, bij gebreke van bewijs van die noodzakelijkheid, slechts als kosten tot nut aangewend (impensae utiles) beschouwd worden. Maar buiten dit bijzonder geval geloof ik, dat hij wegens dergelijke kosten geen aanspraak maken kan, ook zelfs niet voor de meerdere waarde, die het goed daardoor verkregen heeft (2). Dit laatste acht ik zelfs niet door een beroep op de negotiorum gestio verdedigd; en de bewaargever behoeft geene kosten te dragen voor eene verbetering, welke hem zonder eenig regt is opgedrongen door iemand, die daartoe niet geroepen was.

304. De bewaargever moet voorts, volgens art. 1765 B. W., den bewaarnemer schadeloos stellen wegens alle schaden, welke hem

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 72; TROPLONG, n. 187. — (2) Zie echter DURANTON, XVIII, n. 73; ZACHARIAE, II, § 404, bl. 48, n. 6. Verg. OPZOOMER, III, bl. 199.

door de bewaring zijn veroorzaakt. Men beschouwe de eerstgenoemde kosten niet als een bijzonder onderdeel van deze schaden; men heeft hierbij te denken aan de nadeelige gevolgen, die de bewaring voor den bewaarnemer heeft gehad. Art. 1765 B. W. luidt deswege algemeen, en is dus toepasselijk in elk geval, waarin de bewaarnemer zonder zijne schuld door de bewaring schade heeft geleden; b. v. wanneer hij bij een' brand, om het goed van den bewaargever te behouden, het zijne heeft moeten verliezen, wanneer een in bewaring gegeven beest, buiten weten des bewaarnemers ziek zijnde, diens vee besmette, enz. (1).

305. De kosten tot behoud der zaak aangewend verklaart art. 1185, 3° B. W. tot eene bevoorregte schuld. Een anderen waarborg geeft art. 1766 B. W. den bewaarnemer in het regt van terughouding, hem ook wegens de veroorzaakte schaden toegekend. „De bewaarnemer is geregtigd om het goed onder zich te houden, tot de volle voldoening van hetgeen hem ter zake der bewaring (niet wat hem uit anderen hoofde) verschuldigd is" (2). Ook wanneer de bewaargever het goed in regten terugvordert, kan dus de bewaargever volstaan met zich tot de teruggave bereid te verklaren tegen zoodanige voldoening. Het bewijs der gemaakte onkosten en der geledene schaden, — der feiten dus, waarop hij zich beroept, — komt dan natuurlijk ten laste van den bewaarnemer (3).

AFDEELING III.

Van sequestratie en derzelver verschillende soorten.

§ 6.

Van sequestratie in het algemeen.

306. Sequestratie is, volgens de bepaling van art. 1767 *a* B. W., de bewaargeving van eene zaak, waarover geschil is, in de handen van een' derde, die zich verbindt om haar, nadat het geschil zal zijn

---

(1) POTHIER, n. 68 en v.; TROPLONG, n. 188-191; ZACHARIAE, II, § 404, bl. 48 en n. 7; DABELOW, II, § 1236, bl. 540, die hiertoe ook brengt het geval, dat de zaak gestolen was en tegen den bewaarnemer deswege eene nasporing wordt gedaan. — (2) DURANTON, XVIII, n. 74; TROPLONG, n. 193, 196; LIPMAN, bl. 518. — (3) Verg. Tiel 17 Nov. 1843, *R. B.*, VIII, bl. 314.

uitgemaakt, met de vruchten terug te geven aan dengene, die daartoe geregtigd zal worden verklaard. Sequestratie is bewaargeving, daar ook hier aan hem, in wiens handen de zaak wordt gesteld, de verpligting wordt opgelegd om haar te bewaren en later aan den regthebbende terug te geven (1). Vandaar dat zij in art. 1732 B. W. eene der twee soorten van bewaargeving genoemd wordt.

307. Hare strekking is dus in de hoofdzaak dezelfde als die der eigenlijk gezegde bewaargeving, waarvan zij echter in bijzonderheden niet weinig verschilt. Zoo heeft al aanstonds, terwijl deze eene overeenkomst genoemd is, sequestratie, volgens art. 1767 *b* B. W., óf door overeenkomst óf op regterlijk bevel plaats, en is dus tot haar bestaan eene overeenkomst niet noodzakelijk. Zij verschilt hierin van de eigenlijk gezegde bewaargeving, en ter voorkoming van verwarring ware het misschien beter, haar niet de bewaargeving eener zaak te noemen, hetwelk zoo ligt aan de eigenlijk gezegde bewaargeving denken doet, maar haar liever te bepalen als de overgave eener zaak, waarover enz. (2). Hetzij ze toch ten gevolge eener overeenkomst plaats heeft of wel uit kracht van een regterlijk bevel, in elk geval wordt, even als de overeenkomst van bewaargeving, volgens art. 1734 B. W., eerst hare verbindende kracht erlangt door de overgave der zaak, zoo ook de sequestratie juist door die overgave tot stand gebragt.

308. Ook het doel der sequestratie verschilt van dat der eigenlijk gezegde bewaargeving. Het doel van deze is de bewaring der zaak ten behoeve van iemand, die, zelf minder in staat zijnde om daarvoor te zorgen, die bewaring aan een' ander opdraagt, om de zaak later wèl bewaard terug te erlangen. Het doel van gene is om de zaak, waarover geschil bestaat, aan het bezit en de beschikking van de eene zoowel als van de andere partij te onttrekken en haar alzoo zeker en ongeschonden te bewaren voor hem, aan wien zij bij de beslissing van het geschil wordt toegewezen (3). En dit verschillend doel heeft verschil in onderscheidene bijzonderheden ten gevolge (4).

309. Sequestratie kan daarom, gelijk ook art. 1767 *a*, 1768, 1772 en 1773 B. W. aanduiden, alleen zaken ten onderwerp hebben, waarover geschil bestaat, hetzij dat geschil den eigendom der zaak of wel haar bezit betreft (5). Wanneer twee personen ieder eene zekere som gelds ten gevolge eener weddingschap aan een' derde in bewaring geven, opdat deze de geheele som later teruggeve aan hem, die de weddingschap wint, is dat eene gewone bewaargeving, daar

(1) TROPLONG, n. 244. — (2) ZACHARIAE, II, § 407, bl. 50, zegt ook: le séquestre est la *remise* enz. — (3) DE PINTO, II, § 973, 1, bl. 467 en v.; 3e uitg. § 1033, 1, bl. 579; SCHÜLLER, op art. 1771 B. W. — (4) Verg. TROPLONG, n. 250 en v.; DE PINTO, II, § 970, bl. 467; 3e uitg. § 1030, bl. 578 en v. — (5) DURANTON, XVIII, n. 88; TROPLONG, n. 248.

hier geen geschil bestaat omtrent de in bewaring gegeven zaak (1). En terwijl zoodanig geschil zoowel over onroerende, als over roerende zaken kan bestaan, en het ten aanzien van beide evenzeer noodzakelijk kan zijn, het onderwerp des geschils aan het bezit van eene der partijen te onttrekken, zoo kan, in tegenstelling van hetgeen art. 1733 *b* B. W. voor de eigenlijk gezegde bewaargeving bepaalt, sequestratie niet slechts roerende, maar ook onroerende zaken tot onderwerp hebben (2). Art. 1771 B. W. schijnt dit bepaaldelijk te zeggen van de sequestratie, die bij overeenkomst plaats heeft, omdat het voorkomt onder eene reeks van artikelen, die tot deze wijze van sequestratie betrekking hebben; het had daarom liever een deel van art. 1767 moeten uitmaken of daarop onmiddellijk volgen. Dat echter hetzelfde ook geldt van de sequestratie op regterlijk bevel, is ook op zich zelf niet twijfelachtig en blijkt met name uit art. 1775, 2° B. W.

310. De sequestratie bestaat daarin, dat de zaak, hetzij deze roerend of onroerend zij, en dus meer of minder eigenlijk, gesteld wordt in handen van een' derde, die den naam van sequester draagt. DE PINTO (3) beweert, dat, terwijl de bewaarnemer voor den bewaargever bezit, maar zelf geen bezit der zaak verkrijgt, dit bij den sequester geheel anders is, wien de zaak wordt gegeven juist om beide partijen inmiddels van het bezit te berooven. Het komt mij echter voor, dat ook den sequester geen bezit kan worden toegekend in den zin, waarin daarvan sprake is in den tweeden titel van het tweede boek B. W. Hij is toch eenvoudig houder der zaak voor de geschil hebbende partijen (4), even als de bewaarnemer het voor den bewaargever is, en de wet, die in art. 1770 B. W. sequestratie aan dezelfde regelen onderwerpt als de eigenlijk gezegde bewaargeving, behoudens de gemaakte uitzonderingen, heeft te dien opzigte

(1) TROPLONG, n. 258. — (2) TROPLONG, n. 254, 266 en v. — (3) II, § 970, bl. 467; 3e uitg. § 1030, bl. 579. Verg. DURANTON, XVIII, n. 88. — (4) De ook door DE PINTO aangehaalde l. 17 § 1 D. *depositi* (XVI, 3) komt mij voor, in dezen zin te kunnen worden uitgelegd: de bewaargever behoudt niet slechts den eigendom, maar verliest ook het bezit niet, tenzij er sequestratie hebbe plaats gehad; dan toch is het bezit, voor zoo ver daarvan sprake kan zijn, bij den sequester; het doel dier geheele sequestratie immers is juist om te bewerken, dat geene der partijen in dien tusschentijd door bezit regten kan verkrijgen. — Het doel dier plaats is meer, de regten te bepalen van hem, die vóór de bewaargeving of sequestratie de zaak had of bezat, dan die van den sequester; de beide laatste zinsneden behooren bij de eerste, maar de laatste kan niet als een betoog voor de tweede worden aangemerkt; wat het geval zou moeten zijn, zoo daar de regten van den sequester geregeld waren. V. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, § 25, bl. 347, n. 2, geeft, even als CUPERUS, *De natura possessionis*, bl. 19, daaraan eene andere verklaring, maar leert toch ook, dat de sequester in den regel geen bezit erlangt.

geenerlei uitzondering gemaakt. Ik geloof zelfs niet, dat partijen hem het bezit kunnen opdragen, daar zoodanig bezit geheel met het begrip van een' sequester zou strijden, en hij juist geen sequester zijn zou, zoo hij bezitter was (1).

311. Art. 1770 B. W. zegt, gelijk wij zagen, dat sequestratie in den regel aan dezelfde regelen onderworpen is, als de eigenlijk gezegde bewaargeving, en het zegt dit teregt in het algemeen, zonder het, gelijk art. 1958 C. N. te beperken tot dat geval, dat de sequestratie om niet geschiedt (2). Minder juist schijnt ook dat artikel bepaaldelijk te zien op de sequestratie, die bij overeenkomst plaats heeft, terwijl hetzelfde ook geldt voor die op regterlijk bevel, welke volgens art. 1774 *b* B. W. dengene, aan wien de zaak is toevertrouwd, aan al de verpligtingen onderwerpt, welke de sequestratie bij overeenkomst medebrengt. Ook had de afwijking van die gelijkstelling niet moeten beperkt worden tot de *hierna volgende* uitzonderingen, daar ook de voorgaande bepalingen reeds zoodanige afwijkingen behelzen, die bovendien ook elders voorkomen.

312. Zoo is de sequester tot gelijke zorg voor de hem toevertrouwde zaak verpligt als de gewone bewaarnemer, maar terwijl deze de zaak moet teruggeven, zoodra de bewaargever haar terugvordert, wordt in den regel althans, volgens art. 1767 B. W., de onder sequestratie gestelde zaak slechts teruggegeven, nadat het geschil is uitgemaakt (3). Zij wordt dan, volgens dezelfde bepaling, teruggegeven met de vruchten (4), die de gewone bewaarnemer ook wel moet teruggeven, zoo de zaak vruchten heeft opgeleverd, die hij geïnd of ontvangen heeft (art. 1755 B. W.), maar die door den sequester van onroerende goederen meer in den regel zullen ontvangen zijn.

313. Terwijl voorts de bewaarnemer van het begin zijner verbindtenis af den persoon of de personen kent, tegenover welke hij staat en aan wie hij de zaak zal moeten teruggeven, is dit juist om de aanleiding tot de sequestratie, het bestaand geschil, hier geheel onzeker; daar de zaak teruggegeven moet worden aan dengene, die bij

---

(1) Zie echter ook TROPLONG, n. 253. — (2) ASSER, § 829, 3°. TROPLONG, n. 261 en v., schrijft die beperking daaraan toe, dat de sequestratie, die niet om niet geschiedt, eigenlijk geene bewaargeving is, die toch om niet moet geschieden; dat zij dan „passe, comme le dépôt, dans la classe du louage"; maar dat zij, om niet geschiedende, in den regel gelijk staat met bewaargeving. Doch wanneer sequestratie, niet om niet geschiedende, even als de bewaargeving huur wordt, dan zouden beide ook daarin gelijk staan, en ware dus voor de beperking van art. 1958 C. N. al weder geene reden. — (3) TROPLONG, n. 255. — (4) Art. 1956 C. N. spreekt hiervan niet; ASSER, § 829, 2°.

de uitspraak daartoe geregtigd wordt verklaard. Aan dezen moet dan de geheele zaak worden teruggegeven, en de sequester is daardoor niet slechts jegens hem, maar ook jegens de anderen, met wie hij over de zaak geschil had, bevrijd, zonder dat hier van deelbaarheid of ondeelbaarheid der zaak sprake behoeft te zijn (1).

314. Art. 585, 5° W. v. B. R. laat voorts lijfsdwang toe voor de uitlevering van zaken, welke in handen van sequesters gesteld zijn, terwijl dat middel van bedwang wel ook in art. 585, 3° wegens bewaargeving uit noodzaak, maar niet wegens vrijwillige bewaargeving wordt toegelaten.

§ 7.

Van sequestratie bij overeenkomst.

315. De sequestratie heeft, luidens art. 1768 B. W., bij overeenkomst plaats, wanneer het betwiste goed door een of meer personen vrijwillig in handen van een' derde is gesteld. De bevoegdheid daartoe is algemeen, en niet, gelijk in art. 1775, 2° B. W. bij de sequestratie op regterlijk bevel tot een geschil over den eigendom of het bezit beperkt. In de gegevene bepaling komt echter blijkbaar eene onnaauwkeurigheid voor, door onzen wetgever van den Franschen overgenomen, ofschoon zij reeds door schrijvers over den C. N. was opgemerkt (2). Het goed toch wordt niet door éénen in bewaring gegeven, maar door hen, tusschen wie daarover geschil bestaat; er moest dus gesproken zijn van *twee* of meer personen (3); immers, „apud sequestrem non nisi plures deponere possunt, nam tum id fit cum aliqua res in controversiam deducitur" (4).

316. De overeenkomst, hier bedoeld, is niet die, waarbij zij, die geschil hebben over eene zaak, zich verbinden om het betwiste goed in handen van een' derde te stellen; maar de overeenkomst door hen met dezen derde over de bewaring aangegaan, en waaraan dus die andere ten grondslag moet liggen, gelijk ook in het woord „vrijwillig" ligt opgesloten. De wet zegt, dat seqeustratie bij overeenkomst

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 90; TROPLONG, n. 252. — (2) MALLEVILLE, op art. 1956 C. N., IV, bl. 76; TROPLONG, n. 249; DURANTON, XVIII, n. 85. Het verdient opmerking, dat de consul CAMBACÉRÈS in de door hem voorgestelde gewijzigde redactie van art. 1956, waardoor hij echter op dit punt niets schijnt te hebben willen veranderen, spreekt van „le dépôt fait *par plusieurs personnes.*" Zie *Conf. du C. C.*, VI, bl. 254 en v. — (3) SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1768 B. W. Verg. DE PINTO, II, § 970, bl. 467; 3e uitg. § 1030, bl. 579; v. ASSEN, § 364, bl. 399. — (4) L. 17 pr. D. *depositi* (XVI, 3).

plaats heeft, wanneer het goed aldus in handen van een' derde *is gesteld*, omdat zij eerst aanwezig is, wanneer aan de overeenkomst gevolg is gegeven. Die overeenkomst kan voorts mondeling of schriftelijk, en bij onderhandsche zoowel als bij authentieke akte worden aangegaan; de wet schrijft daarvoor geene vormen voor (1).

317. De bewaarnemer of sequester verbindt zich tot bewaring der hem toevertrouwde zaak overeenkomstig het doel der sequestratie en dus om haar terug te geven aan dengene, die daartoe bij het eindigen van het geschil geregtigd zal worden verklaard. Hij verbindt zich derhalve voor een zekeren, hoezeer vooraf niet bepaalden tijd, en kan dan ook, volgens art. 1772 B. W., van de bewaring niet worden ontslagen voordat het geschil is uitgemaakt (2), ten ware al de belanghebbende partijen daarin mogten toestemmen of er eene andere wettige reden mogt bestaan. En dit ziet niet alleen op het geval, dat hij zich van de verdere bewaring zoekt te bevrijden, maar geldt ook wanneer men van de andere zijde die bewaring wenscht te doen eindigen (3). In beide gevallen is hij, die vroeger de zaak in zijne magt had, niet geregtigd om haar terug te nemen, maar kan de sequester slechts op de bij de wet bepaalde wijze worden ontslagen.

318. Wat eene wettige reden is, staat geheel ter beoordeeling van den regter, gelijk dan ook art. 1960 C. N. spreekt van „une cause *jugée* légitime" (4). Wij merken aan, dat onze wetgever, door te spreken van eene *andere* wettige reden, toont ook de toestemming der belanghebbende partijen als zoodanige wettige reden te beschouwen; en voorts dat in het algemeen de reden daarin kan bestaan, dat de belanghebbende partijen de sequestratie willen doen ophouden, al is dan ook het geschil nog niet uitgemaakt, of daarin dat, hoezeer de zaak zal blijven gesequestreerd, de sequester wordt ontslagen, hetzij omdat hij niet bevalt aan de belanghebbenden, hetzij omdat hij zich niet wel verder met de bewaring kan belasten.

319. Maar wie moet men verstaan onder „alle de belanghebbende partijen"? Men zou meenen, dat daardoor slechts zij bedoeld kunnen zijn, die vrijwillig het betwiste goed in handen van den sequester hebben gesteld; zij toch zijn het, die onderling over de sequestratie zijn overeengekomen; zij ook zijn het, jegens wie de sequester zich tot bewaring heeft verbonden. De algemeene uitdrukking der wet wijst echter aan, dat er ook nog andere belanghebbenden kunnen zijn, wier toestemming noodig is; en inderdaad laat de beraadslaging over art. 1960 C. N., hetwelk door onzen wetgever in dezen woordelijk is vertaald, geen twijfel over, dat men daarbij het

---

(1) Schüller, op art. 1768 B. W. — (2) Troplong, n. 270. — (3) Duranton, XVIII, n. 89. — (4) Troplong, n. 271; de Pinto, II, § 973, 2, bl. 468; 3e uitg. § 1033, 2, bl. 580.

oog heeft gehad op allen, die door tusschenkomst in het geding, of door verzet tegen de afgifte, eenige aanspraak op de zaak kenbaar hebben gemaakt (1). Men zou, geloof ik, niet zonder grond beweren, dat die algemeenheid niet geheel in overeenstemming is met het begrip eener sequestratie bij overeenkomst; dat zij wel, maar ook alleen zou voegen voor de geregtelijke sequestratie, die dan ook door iederen belanghebbende zou kunnen worden uitgelokt, zonder te worden uitgesloten door de omstandigheid, dat er reeds eene sequestratie bij overeenkomst heeft plaats gehad. Maar wat hiervan zijn mag, men schijnt desniettemin de woorden der wet niet anders te mogen opvatten, dan in den zin, dien zij zelve vorderen, en die ook overeenstemt met de bedoeling des wetgevers (2).

320. Zij, die tezamen de zaak in handen van den sequester hebben gesteld, kunnen haar dus niet, gelijk bij eene gewone bewaargeving, ieder voor zijn aandeel terugvorderen; de zaak is in haar geheel gesequestreerd, om in haar geheel te worden teruggegeven aan hem, die daartoe geregtigd zal zijn verklaard (3). De sequester kan ook van dezen vergoeding van alle onkosten vragen, en de zaak onder zich houden totdat die vergoeding heeft plaats gehad, overeenkomstig art. 1770 in verband met art. 1765 en 1766 B. W. Ook wanneer hij van de bewaring wordt ontslagen vóórdat het geschil beslist is, kan hij die vergoeding voor het geheel vragen van elk dergenen, die hem de zaak in bewaring gegeven hebben, die deswege hoofdelijk jegens hem verbonden zijn, gelijk uit het wezen der sequestratie zelve en uit analogie van hetgeen ten aanzien van lastgevers geldt genoegzaam zeker schijnt (4).

321. Het is, volgens art. 1769 B. W., geen noodzakelijk vereischte, dat sequestratie om niet geschiede. Bij ons mag die bepaling overbodig geacht worden (5); zij is echter eene vertaling van art. 1957 C. N., hetwelk meer noodzakelijk was, omdat art. 1917 C. N. de eigenlijk gezegde bewaargeving noemde „un contrat essentiellement gratuit”, waarvan onze wetgever in art. 1733 is afgeweken. De bepaling omtrent eenig loon doet dan ook de sequestratie niet ontaarden in eene huur van diensten (6), en men behoeft de meerdere aansprakelijkheid van den sequester in dat geval ook niet op zoodanige beschouwing te gronden; art. 1744, 2° B. W. moet, wegens art. 1770 B. W., ook hier zijne toepassing vinden.

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 235; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 249—255; MALLEVILLE, IV, bl. 76 en v.; TROPLONG, n. 273; ZACHARIAE, II, § 408, bl. 50, n. 2. — (2) Anders DABBLOW, II, § 1239, 2°, bl. 543. — (3) TROPLONG, n. 272. — (4) POTHIER, n. 88, ZACHARIAE, II, § 408, bl. 50, n. 3. Verg. l. 17 pr. D. *depositi.* — (5) Verg. OPZOOMER, III, bl. 199 en v. — (6) Zoo POTHIER, n. 89; TROPLONG, n. 262; ZACHARIAE, II, § 408, bl. 50.

§ 8.

Van sequestratie op regterlijk bevel.

322. Onze wetgever heeft bij de vaststelling van bepalingen omtrent de geregtelijke sequestratie, behalve dat hij ze eenigzins anders heeft gerangschikt, den C. N. nagevolgd. Aan beide wetgevingen schijnt echter de vereischte naauwkeurigheid te ontbreken, daar in beide als geregtelijke sequestratie wordt voorgesteld, wat inderdaad geen sequestratie is en niet gebragt kan worden onder het begrip, dat de wet zelve hecht aan sequestratie in het algemeen en aan de geregtelijke in het bijzonder (1). Het onderwerp eener sequestratie is, volgens art. 1767 B. W., eene zaak, waarover geschil bestaat, en art. 1773 B. W. zegt ditzelfde ten aanzien der sequestratie op regterlijk bevel. Wanneer men nu nagaat, van welke zaken volgens art. 1775 B. W. door den regter sequestratie kan bevolen worden, dan wordt alleen in de tweede plaats gesproken van zaken, waarover geschil is; terwijl, hoezeer 's regters tusschenkomst ook in de onder 1° en 3° bedoelde gevallen vereischt kan worden, men echter niet kan zeggen, dat over de daar bedoelde zaken geschil bestaat. Het behoort voorts tot het begrip der sequestratie, en dus ook van die op regterlijk bevel, dat de zaak in handen van een' derde wordt gesteld, die haar, nadat het geschil is uitgemaakt, moet teruggeven aan dengene, die daartoe geregtigd wordt verklaard. Ook dit komt eigenlijk slechts te pas in het geval, in art. 1775, 2° bedoeld; in geval van beslagneming is veelal geen toewijzend vonnis noodig; in het geval bedoeld in art. 1775, 3° kan de schuldeischer de aangeboden zaak zonder eenige regterlijke uitspraak tot zich nemen. Tot sequestratie op regterlijk bevel behoort verder, dat de regter gelast, dat de zaak in bewaring gesteld worde, en dat voorts óf door de belanghebbende partijen, óf door den regter ambtshalve, de bewaarder wordt benoemd; art. 1773, 1774 *a* B. W. Dit moge, behalve ten aanzien der in art. 1775, 2° genoemde zaken, ook ten opzigte van de onder 3° bedoelde eenigermate gelden; het geldt gewisselijk niet ten aanzien van in beslag genomen zaken, waarover wel de deurwaarder een' bewaarder aanstelt, maar zonder dat óf de belanghebbende partijen óf de regter dien kan benoemen. Wel heeft de hooge raad eens (1), met betrekking tot een pandbeslag, overwogen, dat alles, wat de deurwaarder bepaaldelijk tot volvoering van den last, bij regterlijke beschikking hem opgelegd, heeft moeten doen, behoort te worden beschouwd als een uitvloeisel van het gegeven regterlijk bevel en als uit kracht hiervan gedaan; maar behalve dat eene magtiging tot een

(1) Verg. OPZOOMER, III, bl. 209 en v. — (2) Zie H. R. 18 Februarij 1840, V. D. H., *Strafr.*, II, bl. 273

pandbeslag, hetwelk de aanstelling van een' bewaarder ten gevolge kan hebben, niet weinig verschilt van een regterlijk bevel tot in bewaringstelling, en de bewaarder, door den deurwaarder op eigen gezag aangesteld, kwalijk als van ambtswege door den regter benoemd beschouwd kan worden (1), moet in het algemeen niet uit het oog worden verloren, dat veelal roerende zaken onder een' schuldenaar in beslag worden genomen, zonder dat tot die inbeslagneming eenig bevel of ook maar eenige magtiging door den regter wordt gegeven.

323. De aanleiding tot de verwarring, waarvan wij spraken, schijnt gezocht te moeten worden in de navolging, maar te weinig getrouwe navolging van POTHIER, die in zijn' *Traité du contrat de dépôt*, na in de drie eerste hoofdstukken gehandeld te hebben van de eigenlijk gezegde bewaargeving, in het vierde handelt „du séquestre et des dépôts judiciaires", en hier in eene eerste afdeeling spreekt „du séquestre conventionnel", daarna in de tweede „des dépôts judiciaires", waaronder verstaan worden: „1. le dépôt, qui se fait des meubles saisis, lors d'une saisie de meubles; 2. *le séquestre, qui est ordonné par le juge;* 3. le dépôt que le juge permet à un débiteur de faire de la chose qu'il doit, faute par le créancier de la recevoir; 4. les dépôts qui se font aux receveurs des consignations"; terwijl over de drie eerstgenoemde in de tweede, over de vierde in eene derde afdeeling gehandeld wordt. — Wij zullen trachten, de sequestratie op regterlijk bevel van andere geregtelijke bewaringen te onderscheiden.

324. Sequestratie op regterlijk bevel heeft dan, volgens art. 1773 B. W., plaats, wanneer de regter, die daartoe in geen geval verpligt, maar, ook blijkens den aanhef van art. 1775 B. W., slechts bevoegd is (2), gelast, dat eene zaak, waarover geschil is, in bewaring gesteld worde. Zoodanige sequestratie kan dus alleen te pas komen ten aanzien van eene roerende of onroerende zaak, waarvan òf de eigendom òf het bezit (3) tusschen twee of meer personen in geschil is, en dus in het geval bedoeld in art. 1775, 2° B. W. Zij voldoet dan geheel aan de bepaling, die art. 1767 B. W. van sequestratie geeft; alleen heeft zij plaats op regterlijk bevel, terwijl de sequestratie bij overeenkomst uit kracht van den vrijen wil der partijen geschiedt. De bevoegdheid, om zoodanige sequestratie te bevelen,

(1) Zie ook V. D. HONERT, t. a. p., bl. 267, 269 en v.; DE PINTO, *Handl. t. h. W. v. B. R.*, II, § 297, bl. 543; S. M., in *Opm. en Med.*, IV, bl. 258 en v. Verg. TROPLONG, n. 275, 277. — (2) TROPLONG, n. 288—290. — (3) Over één van beide moet geschil zijn; de regter heeft die bevoegdheid niet ten aanzien van andere litigieuse zaken, waarvan noch de eigendom, noch het bezit in geschil is. Zie Leeuwarden 24 Sept. 1844, *W.* 544. Verg. TROPLONG, n. 293 en v.

wordt den regter met name gegeven in art. 617 *a*, 880 *b* en 1003 B. W., waar telkens gezegd wordt, dat de regter kan bevelen, dat de goederen *onder geregtelijke bewaring zullen worden gesteld*, maar waar onder deze uitdrukking telkens de geregtelijke sequestratie wordt bedoeld. Die bevoegdheid wordt den regter daar met name gegeven ter aanwijzing van wat hij in de daar bedoelde gevallen zou kunnen beschikken, geenszins om hem eene bevoegdheid te geven, die hij zonder die bepalingen niet zou hebben; men kan daaraan dan ook geene uitsluitende kracht toekennen, als zou zoodanige bevoegdheid niet bestaan, waar zij niet evenzoo met name is gegeven. Art. 1775, 2° B. W. bevat den regel, die toepassing kan vinden, zoo dikwijls daartoe termen zijn.

325. In geval van sequestratie op regterlijk bevel wordt, volgens art. 1774 *a* B. W., de bewaring opgedragen, hetzij aan iemand, omtrent wien de belanghebbende partijen onderling zijn overeengekomen, hetzij aan iemand, die door den regter van ambtswege daartoe benoemd is. In beide gevallen is het eene geregtelijke sequestratie (1); in beide gevallen heeft ook niet alleen de sequestratie op regterlijk bevel plaats, maar wordt ook de sequester door den regter benoemd, en kan het vonnis, waarbij de benoeming geschiedt, volgens art. 53, 4° W. v. B. R., voor voorloopige tenuitvoerlegging vatbaar verklaard worden, niettegenstaande hooger beroep of verzet. De uitlegging toch, alsof, wanneer eene geregtelijke sequestratie bevolen wordt, de belanghebbenden het regt hebben, gemeenschappelijk den sequester te benoemen, en de regter eerst optreedt, om dien ex officio te benoemen, wanneer zij het niet eens kunnen worden omtrent den persoon (2), — die uitlegging schijnt minder juist. De regter benoemt den sequester ook dan, wanneer partijen omtrent den te benoemen persoon zijn overeengekomen, en bij gebreke hiervan benoemt hij ambtshalve. De wet geeft aan partijen het regt van benoeming niet, en de bijvoeging der woorden „van ambtswege" schijnt voldoende aan te duiden, dat in het ander geval de regter, hoezeer dan niet van ambtswege, echter evenzeer de benoeming doet. Het is hier even als bij eene benoeming van deskundigen, waarover art. 223 W. v. B. R. handelt.

326. In beide gevallen intusschen hangt het van den wil des benoemden af, of hij zich met de bewaring belasten wil, en kan niemand tegen zijn' wil verpligt worden om sequester te zijn (3).

327. In geval van geregtelijke sequestratie is degene, aan wien de zaak is toevertrouwd, hetzij hij ambthalve of wel volgens de keuze

(1) Eene vroegere redactie van art. 1963 C. N. zeide, dat in het eerste geval „le séquestre est conventionnel." Verg. *Conf. du C. C.*, VI, bl. 258. — (2) Dabelow, II, § 1240, bl. 544 en v.; Troplong, n. 276. Verg. Zachariae, II, § 409, bl. 51. — (3) Zachariae, II, bl. 409, bl. 51 en n. 4.

der partijen door den regter is benoemd, volgens art. 1774. *b* B. W. aan al de verpligtingen onderworpen, welke de sequestratie bij overeenkomst medebrengt, en dus ook aan de verpligtingen van een gewonen bewaarnemer. Hij is intusschen daarenboven gehouden om jaarlijks aan de arrondissements-regtbank, op de vordering van het openbaar ministerie, eene summiere rekening van zijn beheer af te leggen, met vertooning of aanwijzing der aan hem toevertrouwde goederen, zonder dat echter de goedkeuring der rekening aan de belanghebbende partijen zal kunnen worden tegengeworpen. Die rekening beslist dus niets tusschen den sequester en de belanghebbenden; men heeft daardoor slechts een' waarborg willen scheppen voor een goed beheer, in een' tijd dat geen der belanghebbenden nog als regthebbende is uitgewezen en als zoodanig voor zijne belangen waken kan (1).

328. Er werd, tijdens de beraadslagingen op nog meer bepalingen aangedrongen, die echter òf niet noodig òf gevaarlijk werden geacht. Bepaaldelijk durfde de Regering den sequester niet tot het stellen van zekerheid noodzaken, omdat zij vreesde, dat de regter dan soms geene geschikte personen zou vinden, die zich de opdragt zouden laten welgevallen, en hij hen zou moeten voorbijgaan, die, hoezee geschikt en eerlijk, geene zekerheid konden stellen (2). Zij voegde er echter bij, dat desniettemin de regter in bijzondere gevallen het stellen van zekerheid als eene voorwaarde der benoeming kan bevelen. Wat hiervan zij, van hem, die zóó bij uitzondering tot het stellen van zekerheid verpligt werd, zou het zeker nog eerder te verwachten zijn, dat hij de opdragt niet zal aannemen.

329. Onder de punten, wier nadere regeling werd verlangd, behoorde ook het salaris van den sequester; en inderdaad, daar de wetgever zelf verklaart, dat sequestratie juist niet om niet behoeft te geschieden, had voor de geregtelijke sequestratie, waarbij de partijen het loon niet kunnen regelen, deswege wel eene bepaling mogen gemaakt zijn, die nu, zoo ver mij bekend is, nergens in de wet is gemaakt (3).

330. Ook spreekt de wet voor het geval van geregtelijke sequestratie niet van de mogelijkheid van ontslag, en toch zou ik zwarigheid maken om art. 1772 B. W. hier in zoo ver toe te passen, dat ook de

(1) VOORDUIN, V, bl. 368 en v.; ASSER, § 829, 4°; LIPMAN, bl. 520. — (2) VOORDUIN, V, bl. 370. — (3) Assen 12 Maart 1849, *N. R. B.*, II, bl. 270 en v., schijnt het loon, den bewaarder toegekend in het tarief van justitiekosten, op den sequester te hebben toegepast. Wanneer men echter het onderscheid tusschen een' sequester en een' bewaarder in het oog houdt, schijnt de noodige analogie te ontbreken.

gezamenlijke belanghebbende partijen zoodanig ontslag zouden kunnen geven; niet alleen omdat art. 1774 *b* slechts de verpligtingen voor beide soorten van sequestratie gelijk stelt, maar vooral omdat de partijen kwalijk de vrije beschikking kunnen hebben over den sequester, dien de regter bij zijn vonnis heeft benoemd, en die daarom ook alleen door dezen schijnt te kunnen worden ontslagen.

§ 9.

Van geregtelijke bewaring.

331. Geregtelijke bewaring komt vooreerst te pas ten aanzien van roerende zaken, welke onder een' schuldenaar in beslag zijn genomen, waarover door den deurwaarder een geschikte bewaarder moet worden aangesteld (1); zie art. 450 in verband met art. 725 en 730 en art. 760 W. v. B. R.

332. De deurwaarder doet dat uit kracht der wet, die het hem voorschrijft, wanneer hij roerende goederen onder een' schuldenaar in beslag neemt; maar hij doet het, als behoorende tot de inbeslagneming, voor en ten verzoeke of ten name van den schuldeischer, die de goederen in beslag neemt door zijne tusschenkomst. De aanstelling van een geregtelijken bewaarder brengt daarom, volgens art. 1776 *a* B. W., tusschen den inbeslagnemer en den bewaarder wederkeerige verpligtingen voort (2).

333. De bewaarder is slechts belast met de bewaring; hij heeft geen bezit (3), noch eenige beschikking over het goed (4). Maar hij is, volgens art. 1776 *b* B. W., verpligt om voor het behoud der in beslag genomen zaken de zorg van een' goed huisvader te dragen (5). Hij is dus tot meer zorg verpligt dan de gewone bewaarnemer volgens art. 1743 B. W.; maar, behalve dat dit noodig was omdat hij niet door de partij zelve (6), althans niet door al de belanghebbenden wordt benoemd, ontvangt hij ook loon voor zijne bewaring, en is dus zijne strengere aansprakelijkheid in overeenstemming met de bepaling van art. 1744 B. W.

334. Hij moet die zaken, volgens art. 1776 *c* B. W., overgeven, hetzij ten verkoop, opdat daaruit de inbeslagnemer worde voldaan, hetzij aan de partij, tegen welke de inbeslagneming heeft plaats gehad, indien het beslag is opgeheven. Met die opheffing houdt ook

---

(1) Troplong, n. 277. — (2) Pothier, n. 91; troplong, n. 278; de pinto, II, § 976, bl. 468; 3e uitg. § 1036, bl. 580. — (3) Pothier, n. 92. — (4) Verg. vernede, *Nalez.*, op art. 1776 B. W., n. 5. — (5) Troplong, n. 280. — (6) De pinto, II, § 975, 3°, bl. 468; 3e uitg. § 1035, 3, bl. 580, die echter minder juist van een' sequester spreekt.

zijne bewaring op, en de partij, tegen wie de inbeslagneming heeft plaats gehad, bekomt dan de vrije beschikking over het zijne terug. Den bewaarder, die eigenlijk slechts in betrekking staat tot den inbeslagnemer, te verpligten tot overgave aan dezen, opdat deze het goed verder ter beschikking van den regthebbende zou stellen, zou noodelooze omslag zijn (1).

335. De verpligting van den inbeslagnemer bestaat, volgens art. 1776 *d* B. W., in het betalen van het bij de wet bepaalde loon aan den bewaarder. Dat loon is in art. 1 der Wet van 28 Augustus 1843 (Sb. n. 40) bepaald op *één* gulden voor elken dag, wanneer de bewaarder geen medebewoner is van het huis of de plaats, waarin de inbeslagneming heeft plaats gehad, noch zelf bij de bewaring belang heeft, noch daarmede in eene andere betrekking is belast; en anders op veertig cent voor elken dag. De bewaarder kan daarbij op grond van art. 1765 B. W. geen aanspraak maken op vergoeding van schaden, die hem door de bewaring mogten zijn veroorzaakt, daar die geacht wordt in zijn loon te zijn begrepen (2). Maar hij is even als een gewoon bewaarnemer geregtigd tot vergoeding van onkosten, die hij tot behoud van het goed heeft aangewend; wel niet op grond van art. 1765, maar omdat hij als bewaarder tot zoodanige onkosten niet verpligt was en ten aanzien daarvan als negotiorum gestor kan beschouwd worden. Hij kan voorts zijn loon van den inbeslagnemer vorderen, ook wanneer het beslag is opgeheven; daar de partij, tegen welke het is gelegd, tot betaling daarvan in zoodanig geval niet verpligt kan zijn, en de verpligting van den inbeslagnemer niet ophoudt doordien het beslag bevonden wordt ten onregte te zijn gelegd.

336. Geregtelijke bewaring komt voorts te pas ten aanzien van zaken, welke een schuldenaar tot kwijting zijner schuld aanbiedt, — art. 1775, 3° B. W., — hetzij die worden geconsigneerd, of wel, in het geval van art. 1448 B. W., waaraan hier meer bijzonder gedacht schijnt te moeten worden (3), elders in bewaring gegeven.

337. Geregtelijke bewaring komt voorts ook volgens de wet in andere gevallen te pas. Zoo zegt art. 534 B. W., voor het geval dat vermoedelijke erfgenamen van een vermoedelijk overleden verklaarden afwezige in het bezit van diens goederen zijn getreden, dat de vaste goederen, die niet kunnen worden verdeeld of in eene of andere kaveling begrepen, onder sequestratie zullen worden gesteld, en de inkomsten daarvan verdeeld zoo als bij de verdeeling zal wor-

---

(1) POTHIER, n. 91; TROPLONG, n. 281. — (2) Verg. Assen 12 Maart 1849, aangehaald hierboven bij n. 329. — (3) DE PINTO, II, § 977, 3°, bl. 468; 3e uitg. § 1037, 3°, bl. 580; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1775 B. W., willen daaraan alleen gedacht hebben. Verg. POTHIER, n. 98 en v.

den overeengekomen. De wet spreekt hier van sequestratie, misschien ook omdat het onroerende goederen geldt; het is intusschen niet twijfelachtig, dat hier aan eigenlijke sequestratie in den zin van art. 1767 B. W. niet kan worden gedacht, maar alleen aan eene geregtelijke bewaring (2).

338. Gelijke bewaring kan te pas komen in gevallen bedoeld in art. 1922 B. W., 487, 489 en 518 W. v. K., 506 W. v. B. R. Hierbij zijn ook genoemd art. 833, 863, 1030 en 1081 B. W. (3), doch daar is eigenlijk geen sprake van geregtelijke bewaring, maar van eene opdragt van beheer aan een' derde.

---

(1) Zie echter SCHÜLLER, op art. 1773 B. W. — (2) V. ASSEN, bl. 364, § 399; SCHÜLLER, op art. 1773 B. W.

DERTIENDE TITEL.

Van bruikleening.

AFDEELING I.

Algemeene bepalingen.

§ 1.

Begrip van bruikleening.

339. Bruikleening is, volgens de bepaling van art. 1777 B. W., eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zaak om niet ten gebruike geeft, onder voorwaarde dat degene, die deze zaak ontvangt, haar, na daarvan gebruik te hebben gemaakt, of na een bepaalden tijd, zal teruggeven.

340. Van die partijen wordt de eene, die de zaak ten gebruike geeft, telkens in de wet uitleener genoemd; de andere wordt veelal aangeduid als degene, die de zaak ter leen ontvangen heeft, of ook wel door het woord gebruiker (art. 1784, 1785, 1788, 1789, 1790 B. W.). Ter vermijding van verwarring, bepaaldelijk met hem, die het zakelijk regt van gebruik heeft, ware het welligt beter, deze partij, in plaats van gebruiker, bruikleener te noemen (1) en aldus tegenover den uitleener te stellen.

341. Bruikleening is eene overeenkomst, en tot haar wezen is dus de overeenstemmende wil der partijen noodig omtrent al hetgeen tot haar behoort. De wet heeft daarvoor geene bepaalde vormen

---

(1) Verg. v. ASSEN, § 373, bl. 409.

voorgeschreven, en ook omtrent het bewijs, ten aanzien waarvan hier niets bijzonders is bepaald, gelden de gewone regelen (1).

342. De wet noemt haar eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zaak ten gebruike geeft, en niet, waarbij de eene zich *verbindt* aan de andere te geven, gelijk zij zich ten aanzien van koop in art. 1493, van ruiling in art. 1577, van huur van goederen in art. 1584, van maatschap in art. 1655 B. W. uitdrukt. Wel is ook zoodanige overeenkomst zeer bestaanbaar en voor partijen verbindende, met dat gevolg, dat hij, die zich verbonden heeft eene zaak ter leen te geven, wanneer hij in gebreke blijft daaraan te voldoen, zonder dat bijzondere omstandigheden buiten zijne schuld zulks onmogelijk hebben gemaakt, deswege aansprakelijk is tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Eene bepaling toch, als die van art. 1734 B. W., wordt hier niet gevonden, en de overeenkomst heeft dus hare verbindende kracht, al behoort zij slechts tot het geslacht dergenen, die onder geene bijzondere benaming bekend zijn. Maar zij is daarom nog geene bruikleening en heeft niet die regten en verpligtingen tusschen partijen ten gevolge, die de wet aan bruikleening verbindt en die ook eerst kunnen bestaan, wanneer de zaak werkelijk ten gebruike is gegeven (2). In zoo ver geldt het dus ook hier: re contrahitur obligatio; de overeenkomst wordt eerst bruikleening, wanneer hij, die de zaak gebruiken zou, haar tot dat einde onder zich bekomt.

343. Bruikleening staat in dat opzigt gelijk met bewaargeving. En even als tot deze, volgens art. 1734 B. W., eene wezenlijke of veronderstelde overgave der zaak gevorderd wordt, zoo is zulks, ofschoon de wet dit hier niet herhaalt, evenwel zonder twijfel ook het geval met bruikleening; het is dus niet noodig, dat de zaak bepaaldelijk ten gebruike worde overgegeven, maar het is voldoende, wanneer eene zaak, die reeds uit anderen hoofde in de magt is van hem, die haar ten gebruike zou hebben, tot dat einde in zijne magt wordt gelaten (3). Ook behoeft de overgifte, waar die plaats heeft, niet juist tusschen de partijen zelve bewerkstelligd te worden, maar kan zij ook geschieden door anderen, die voor en namens haar handelen (4).

344. Gelijk de bewaargeving de bewaring der zaak ten behoeve van den bewaargever ten doel heeft, zoo strekt de bruikleening om den bruikleener het gebruik der zaak te verschaffen; die zaak wordt hem ten gebruike gegeven. Dat dit soms mede of wel voornamelijk

---

(1) DURANTON, XVII, n. 498. Verg. hierbij TROPLONG, *Du prêt*, n. 58—68. – (2) POTHIER, *Traité du prêt à usage*, n. 6; DURANTON, XVII, n. 486 en v.; TROPLONG, n. 6, 14. – (3) POTHIER, n. 6; DURANTON, XVII, n. 488. — (4) DURANTON, t. a. p.

in het belang van den uitleener kan geschieden, strijdt niet met het wezen der bruikleening, wanneer maar haar doel is om den bruikleener het gebruik der zaak te geven (1). Het is onverschillig, tot welk gebruik de zaak gegeven wordt, mits het een geoorloofd gebruik zij. Het behoeft zelfs niet uitdrukkelijk in de overeenkomst te zijn bepaald; het kan zich dan uitstrekken tot al het gebruik, dat de aard der zaak medebrengt of toelaat. Het moet echter òf door zijn' aard òf door eenige tijdsbepaling eenigzins bepaald zijn, opdat hieruit kan blijken, hoelang de bruikleener daartoe geregtigd is, en wanneer de uitleener de zaak kan terugvorderen.

345. Tot dat gebruik kan al het genot gebragt worden, dat de bruikleener, behoudens het bestaan der zaak, daarvan kan hebben, hetzij door haar zelve tot eenig doel te gebruiken of dienstbaar te doen zijn, hetzij door vruchten daarvan te genieten (2). Zoo kan ook door bruikleening eene zaak worden gegeven, om haar tot pand te stellen voor eene schuld van den bruikleener. En terwijl het niet als bruikleening aangemerkt kan worden, wanneer eene zaak, over wier koop en verkoop gehandeld wordt, aan hem, die haar denkt te koopen, wordt overgegeven om er de proef van te nemen, noch ook wanneer men eene zaak aan iemand ter hand stelt om die te onderzoeken en daarvan den prijs te bepalen enz., omdat noch in het een, noch in het ander geval het gebruik of genot van hem, aan wien de zaak wordt overgegeven, het doel dier overgave is, — zoo zal het weder als bruikleening beschouwd moeten worden, wanneer aan iemand, op zijn verlangen en voor zijn genoegen, eene zaak ten onderzoek wordt gegeven (3).

346. Het behoort tot het wezen der bruikleening, dat zij om niet geschiedt. Art. 1876 C. N. zegt uitdrukkelijk: „ce prêt est essentiellement gratuit"; en hoezeer onze wet zoodanig artikel niet behelst, is hetzelfde toch duidelijk genoeg aangewezen in de bepaling van bruikleening als eene overeenkomst, waarbij eene zaak *om niet* ten gebruike wordt gegeven (4). Het spreekt wel van zelf, dat eene zaak ook anders dan om niet ten gebruike gegeven kan worden, hetzij voor eene belooning in geld, hetzij doordien eene andere zaak wederkeerig ten gebruike wordt afgestaan, of wel eene andere dienst daarvoor wordt toegezegd. Doch dan bestaat er geene bruikleening, maar eenige andere overeenkomst: waar geld is bedongen, die van huur en verhuur; in andere gevallen eene overeenkomst, die onder geene eigene benaming bekend is, maar welke meer heeft van huur en verhuur dan van bruikleening (5).

(1) Verg. TROPLONG, n. 3, 22. — (2) TROPLONG, n. 18 en v. — (3) POTHIER, n. 2, verg. n. 93—97; DURANTON, XVII, n. 490, 496 en v., 505. Verg. TROPLONG, n. 30. — (4) ASSER, § 831, 1°. — (5) POTHIER, n. 3, 6; DU-

347. De zaak wordt door de eene partij aan de andere gegeven, zegt art. 1777 B. W. in algemeene woorden. Aan den eenen kant kan eene zaak natuurlijk niet in bruikleening gegeven worden aan hem die het regt van gebruik dier zaak uit anderen hoofde heeft, en zou eene bruikleening ten behoeve van den eigenaar, die als zoodanig de vrije beschikking over de zaak had, aangegaan zonder dat hij wist, dat deze hem toebehoorde, nietig zijn; maar wanneer een ander, hetzij als vruchtgebruiker, als huurder of uit eenigen anderen hoofde, het regt heeft om de zaak onder zich te houden en te gebruiken, dan kan hij haar ook aan den eigenaar in bruikleening geven, zonder dat diens eigendom de geldigheid der handeling schaadt (1).

348. Aan den anderen kant behoeft dus hij, die ten gebruike geeft, de uitleener, geen eigenaar der zaak te wezen, om de bruikleening geldig te doen zijn en haar al de daaraan verbonden regten en verpligtingen ten gevolge te doen hebben (2). Zoo geldt dan ook hier, wat art. 1757 *a* B. W. ten aanzien van bewaargeving zegt, en kan de bruikleener van dengene, die hem de zaak ten gebruike gegeven heeft, wanneer deze haar terugvordert, geen bewijs vorderen, dat hij daarvan eigenaar was. Omdat de bruikleening den bruikleener juist tegenover dien uitleener verbonden heeft, ligt dit in den aard der zaak, al is het hier ook niet uitdrukkelijk bepaald, en behoeft men zich niet eens bij analogie op de bepaling omtrent bewaargeving te beroepen, die ook voor deze niet noodzakelijk geacht mag worden en haar bestaan welligt enkel aan die van het tweede lid te danken heeft.

349. In dat tweede lid ligt eene wijziging van het beginsel, dat partijen jegens elkander, en slechts jegens elkander, verbonden zijn, en daar deze wijziging ten aanzien van bruikleening geen' steun vindt in eene uitdrukkelijke wetsbepaling, meen ik de bepaling van art. 1757 *b* B. W. niet met DURANTON (3) op de bruikleening te mogen toepassen, en geloof, dat deze schrijver, die de bepaling van het eerste lid ook op bruikleening toepasselijk acht, „et par une raison encore plus forte, s'il est possible, puisque l'emprunteur reçoit un service, tandis que dans le dépôt c'est le déposant qui en reçoit un", — ook juist in die plus forte raison wel eene reden had mogen vinden

---

RANTON, XVII, *C. N. et Mot.*, VI, bl. 219; TROPLONG, n. 4, 22. Verg. DE PINTO, II, § 978, bl. 469; 3e uitg. § 1038, bl. 581; LIPMAN, bl. 629; SCHÖLLER en VERNEDE, op art. 1777 B. W.

(1) POTHIER, n. 19; TROPLONG, n. 41 en v.; ZACHARIAE, II, § 391, bl. 37, n. 9. — (2) POTHIER, n. 18; TROPLONG, n. 38 en v.; ZACHARIAE, t. a. p. — (3) XVII, n. 514. Zoo ook POTHIER, n. 46.

om de juistheid zijner analogische toepassing te betwijfelen. Mijns inziens is dus de bruikleener, zoo hij ontdekt, dat het goed is gestolen, en wie de eigenaar is, jegens dezen tot geene kennisgeving verpligt, en is hij niet aansprakelijk, wanneer hij hetzij na kennisgeving aan den eigenaar, hetzij zonder deze, aan den uitleener teruggeeft, met wien hij alleen heeft gehandeld, en jegens wien hij zich tot teruggave heeft verbonden.

350. De bruikleener bekomt het goed slechts ten gebruike, maar wordt daarvan geen eigenaar, gelijk degene, die uit kracht eener verbruikleening ter leen ontvangt, volgens art. 1792 B. W., zulks wordt (1). In geval van bruikleening blijft, volgens art. 1778 B. W., de uitleener eigenaar van de geleende zaak. De bedoeling van dit artikel is, om, bij tegenstelling van hetgeen voor verbruikleening geldt, te bepalen, dat ten gevolge der bruikleening de eigendom der zaak niet overgaat, dat zij niet is een regtstitel van eigendomsovergang. Voor het overige kan men zeggen, dat de bepaling niet volledig is en uitgaat van de veronderstelling van hetgeen in den regel plaats heeft, daar de uitleener niet noodwendig eigenaar behoeft te zijn en, dit niet zijnde, ook geen eigenaar kan blijven, en hij bovendien in het algemeen al dat regt op de zaak behoudt, dat hij daarop had, met uitzondering alleen van het regt van gebruik, zoolang hij haar bij den bruikleener moet laten. Het is zelfs ligt mogelijk, dat iemand, die geen eigenaar is, een vruchtgebruiker, pandhouder en dergelijke, de zaak in bruikleening geeft aan den eigenaar; de zin der wetsbepaling is slechts, dat de bruikleening niets aan den eigendom der zaak verandert (2). De bruikleener wordt dan ook geen bezitter der zaak in den regtskundigen zin des woords, maar is enkel houder der zaak voor den uitleener, die, zoo hij slechts bezitter was, ook bezitter blijft (3).

351. De bruikleener verbindt zich om de ten gebruike gegeven zaak terug te geven. Hij moet die zaak zelve teruggeven en kan niet volstaan met hare waarde te vergoeden en aldus den uitleener van zijn' eigendom ontzetten. Dit spreekt dan ook van zelf, daar de uitleener zijn regt op de zaak zelve behoudt.

352. Hij moet de zaak teruggeven, volgens art. 1777 B. W., na daarvan gebruik te hebben gemaakt of na een bepaalden tijd (4). Art. 1875 C. N. spreekt alleen van teruggave après s'en être servi; onze

---

(1) POTHIER, n. 10; DE PINTO, II, § 979, bl. 469; 3e uitg. § 1039, bl. 581. — (2) Verg. ZACHARIAE, II, § 391, bl. 37 en n. 9; OPZOOMER, III, bl. 203 en v. — (3) POTHIER, n. 4, 5°; DURANTON, XVII, n. 489; TROPLONG, n. 16; V. ASSEN, § 372, bl. 409; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1778 B. W. — (4) Verg. TROPLONG, n. 23.

wetgever achtte het van belang, in beide wijzen van bruikleening, zoo tot een zeker gebruik als voor een zekeren tijd, te voorzien en voor de eene zoowel als voor de andere de verpligting tot teruggave te bepalen (1); wat zeker niet ongepast was, ofschoon de redactie van art. 1875 C. N. niet belette, dat men het ook op gelijke wijze opvatte (2).

353. Art. 1779 B. W. bepaalt, dat al hetgeen tot den handel der menschen behoort en niet door het gebruik verloren gaat, het onderwerp van bruikleening zijn kan. Uit de algemeenheid dier bepaling blijkt, dat bruikleening juist niet tot roerende goederen beperkt is, al heeft zij meestal slechts deze tot onderwerp, maar dat zij ook onroerende goederen ten onderwerp hebben kan (3). De beperking tot hetgeen tot den handel der menschen behoort (4) is natuurlijk; omdat, volgens art. 1368 B. W., alleen de zaken, welke in den handel zijn, het onderwerp van overeenkomsten kunnen uitmaken. Het is verder noodig, dat het goed niet door het gebruik verloren gaat, omdat het anders niet ten gebruike gegeven kan worden onder voorwaarde dat hetzelfde zal worden teruggegeven, en de verpligting, om het als een goed huisvader te bewaren, anders niet te pas zou komen (5).

354. Intusschen wordt algemeen erkend, dat ook door bruikleening ten gebruike gegeven kunnen worden zaken, die door het gebruik, dat daarvan pleegt gemaakt te worden, verloren gaan, wanneer zij namelijk niet tot zoodanig gebruik worden gegeven, maar alleen ter beschouwing, of enkel ostentationis causa, om vertooning te maken; b. v. wanneer een ambtenaar, wiens kas zal worden nagezien, om den slechten staat daarvan te dekken, geldt leent, om dit, zoodra het onderzoek heeft plaats gehad, in natura terug te geven, en zonder dat hij daarvan eigenaar is geworden, met verpligting slechts tot teruggave van gelijke waarde (6). Dit is wel voorgesteld als eene uitzondering op den regel, in art. 1779 B. W. uitgedrukt (7); het is echter misschien juister, te zeggen, dat het niet door dien regel is uitgesloten. Wanneer toch de vatbaarheid eener zaak, om het onderwerp eener bruikleening te zijn, afhangt van de vraag, of zij al dan

(1) ASSER, § 831, 1°. — (2) DURANTON, XVII, n. 493. — (3) POTHIER, n. 14; MALLEVILLE, IV, bl. 29; DURANTON, XVII, n. 501; TROPLONG, n. 36 en v. — (4) Verg. POTHIER, n. 15 en v.; DURANTON, XVII, n. 504; TROPLONG, n. 32 en v. — (5) POTHIER, n. 17; MALLEVILLE, IV, bl. 29; DURANTON, XVII, n. 502; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 209; DE PINTO, II, 980, bl. 469; 3e uitg. § 1040, bl. 581; LIPMAN, bl. 529; SCHÜLLER, op art. 1779 B. W. — (6) Verg. l. 3, § 6, l. 4 D. *commodati vel contra* (XIII, 6); POTHIER, n. 17; MALLEVILLE, IV, bl. 29; DURANTON, XVII, n. 503; TROPLONG, n. 35; ZACHARIAE, II, § 391, bl. 37 en n. 10. — (7) Zie MALLEVILLE, DURANTON, t. a. p.

niet door het gebruik verloren gaat, dan ligt het in den aard der zaak, dat die vatbaarheid ook verschillend kan zijn naarmate van het verschillend gebruik, dat van de zaak gemaakt zal worden; en dat dezelfde zaak, die door het gebruik, 'twelk daarvan gewoonlijk gemaakt wordt, verloren gaat, zeer goed het onderwerp eener bruikleening zijn kan, wanneer zij enkel wordt gegeven tot een gebruik, waardoor zij niet verloren gaat.

355. Wat de bekwaamheid der partijen betreft, de wet heeft daaromtrent hier niets bijzonders voorgeschreven; de algemeene regelen, voor overeenkomsten gegeven, vinden dus hier hunne toepassing (1). Zoo is ook de bepaling van art. 1780 *a* B. W., dat de verbindtenissen, welke uit de bruikleening voortspruiten, overgaan tot de erfgenamen van dengene, die ter leen geeft, en van hem, die ter leen ontvangt, slechts de toepassing op deze bijzondere overeenkomst van hetgeen art. 1354 B. W. in het algemeen met opzigt tot alle overeenkomsten zegt, dat men namelijk verondersteld wordt, zoowel voor zijne erfgenamen als voor zich zelven bedongen en ook hen evenzeer verbonden te hebben (2), ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeijen. Ook deze uitzondering is hier uitdrukkelijk herhaald, daar, volgens art. 1780 *b* B. W., indien de uitleening gedaan is alleen uit aanmerking van dengene, die ter leen ontvangt, en aan zijn' persoon in het bijzonder, diens erfgenamen het verder genot van het geleende goed niet kunnen blijven behouden. In den regel houdt dus de bruikleening niet op door den dood van eene der partijen, maar gaan de regten en verpligtingen op hare erfgenamen over, tenzij eene tegenovergestelde bedoeling uitdrukkelijk of stilzwijgend uit de overeeenkomst of de omstandigheden, waaronder zij is aangegaan, mogt blijken (3).

356. Wij hebben reeds met een enkel woord gewezen op het onderscheid tusschen bruikleening en verbruikleening (4). De eerste heeft geen' eigendomsovergang ten gevolge, de tweede wel; de eerste

---

(1) Verg. hierbij POTHIER, n. 13; DURANTON, XVII, n. 506—518; TROPLONG, n. 48—57. — (2) Verg. hierboven VI, n. 560 en v. — (3) Verg. POTHIER, n. 27; DURANTON, XVII, n. 500; MALLEVILLE, IV, bl. 30; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 210, 221; TROPLONG, n. 43 en v.; ZACHARIAE, II, § 393, bl. 39, n. 4. — (4) Om dit onderscheid zijn beide dan ook door onzen wetgever in twee verschillende titels behandeld, terwijl de C. N. ze tezamen in éénen titel behandelde. Verg. ASSER, § 830. – Daardoor werd ook art. 1874 C. N.: „il y a deux sortes de prêt enz." overbodig en zelfs minder gepast. De reden, door ASSER voor zijne weglating opgegeven, dat de daarin vervatte bepaling zuiver leerstellig is, en men getrouw wilde blijven aan het aangenomen beginsel, om alle dergelijke regelen, welke geene praktische resultaten opleveren, weg te laten, — die reden is dus voor het minst niet de eenige, en zal wel minder zwaar wegen, wanneer men let op art. 1583, art. 1732 B. W. en dergelijke.

verpligt dus tot teruggave der geleende zaak, de laatste tot teruggave eener gelijke hoeveelheid van dezelfde soort; en terwijl door bruikleening alleen zaken ten gebruike worden gegeven, die althans door dat gebruik niet verloren gaan, betreft de verbruikleening in den regel verbruikbare zaken, waarvan men geen genot zou hebben, zoo hetzelfde als voor bruikleening gelden moest (1). Zoo zagen wij ook reeds het onderscheid tusschen bruikleening en huur, vooral daarin bestaande, dat gene om niet en deze voor loon eens anders zaak ten gebruike geeft (2). De bruikleening heeft met schenking gemeen, dat beide om niet plaats hebben, maar terwijl deze de zaak zelve overdraagt, geeft gene haar slechts tijdelijk ten gebruike (3). Van vruchtgebruik en regt van gebruik verschilt bruikleening, behalve in den gewonen aard en omvang van het gebruik en de voordeelen die er aan verbonden zijn, vooral daarin, dat zij slechts een persoonlijk regt geeft tegen de verbondene partij, terwijl gene een zakelijk regt doen ontstaan; dit zakelijk regt houdt voorts op met den dood van den regthebbende, terwijl de werking der bruikleening in den regel niet door den dood van eene der partijen ophoudt, maar onafhankelijk daarvan eindigt (4). Bruikleening verschilt voorts van het precarium, of het bezit en genot ter bede, waarop voor het overige de bepalingen omtrent bruikleening doorgaans kunnen worden toegepast, daarin, dat, terwijl gene de zaak ten gebruike geeft voor een regtstreeks of middellijk bepaalden tijd, het andere den uitleener volkomen vrijheid laat om de zaak terug te vragen, wanneer hij dat wil, en dus het genot ieder oogenblik van den wil des uitleeners afhankelijk doet zijn (5).

AFDEELING II.

§ 2.

Van de verpligtingen van dengene, die iets ter bruikleening ontvangt.

357. Het regt van hem, die iets ter bruikleening ontvangt, van den bruikleener, volgt uit de bepaling, die art. 1777 B. W. van

(1) POTHIER, n. 10; DURANTON, XVII, n. 484; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 218. — (2) POTHIER, n. 11; TROPLONG, n. 27. — (3) POTHIER, n. 9; TROPLONG, n. 21, 24. — (4) DURANTON, XVII, n. 492; TROPLONG, n. 17 en v., 25 en v. Verg. OPZOOMER, III, bl. 202. — (5) DURANTON, XVII, n. 493; TROPLONG, n. 28; ZACHARIAE, II, § 391, 3°, bl. 38. Verg. POTHIER, n. 86 en v.

bruikleening geeft, en uit de strekking dezer overeenkomst. Hij mag alzoo de zaak, die haar onderwerp uitmaakt, gebruiken en wel tot het bij de overeenkomst aangewezen einde of gedurende den daarbij bepaalden tijd, terwijl de uitleener, volgens art. 1787 B. W., eerst na dat gebruik de zaak kan terugvorderen, maar vroeger daarin geene stoornis mag aanbrengen (1).

358. Tegenover dat regt staan zijne verpligtingen, die men terug kan brengen tot deze drie: hij moet zich in het gebruik der zaak houden binnen de grenzen, die de aard der zaak medebrengt of de overeenkomst heeft gesteld; hij moet voor het behoud der zaak als een goed huisvader zorg dragen; hij moet na gemaakt gebruik of op den bepaalden tijd de zaak teruggeven.

359. Wij moeten hierbij op den voorgrond stellen, dat de zaak voor rekening blijft van den uitleener, die alle schade aan, en zoo ook het verlies van de zaak dragen moet, wanneer bij een en ander de bruikleener zonder eenige schuld is. Dit blijkt duidelijk uit art. 1784 (2) en uit art. 1781 *c*, 1782 en 1783 B. W., voor zoo ver hier de bruikleener bepaaldelijk in de daar genoemde gevallen voor het verlies der zaak aansprakelijk is gesteld, ten blijke dat hij buiten die gevallen daarvoor niet aansprakelijk is, maar dat te zijnen aanzien de regel geldt, dat de zaak is voor rekening van den eigenaar, en zijne verbindtenis, overeenkomstig art. 1480 B. W., door het verloren gaan der zaak te niet gaat. Er ware zeker wel eenige grond geweest om de zaak voor rekening te doen zijn van den bruikleener, te wiens behoeve de bruikleening geschiedt, en die dus daardoor het genot heeft van eens anders zaak; vooral wanneer deze ter gelegenheid van dat gebruik verloren is gegaan door eenig toeval, waaraan zij, zonder de bruikleening, waarschijnlijk of stellig niet onderworpen zou zijn geweest. Men heeft echter daarom niet van den algemeenen regel willen afwijken; terwijl de zaak ook bij den uitleener aan andere, misschien niet mindere toevallen onderworpen zou zijn geweest, en het in het algemeen niet aannemelijk is, dat de bruikleener voor het gebruik der zaak zich zou hebben willen belasten met de aansprakelijkheid voor mogelijk verlies (3). De bruikleener moet bewijzen, dat hij zonder schuld is (4).

360. Anders is het, waar hij zich uitdrukkelijk voor het verlies van het goed aansprakelijk heeft gesteld, hetwelk hij natuurlijk kon doen en waardoor hij dan verbonden is (5). Zelfs is daartoe geene

(1) POTHIER, n. 20 en v. — (2) Verg. TROPLONG, n. 123 en v. — (3) Verg. POTHIER, n. 56, 61; DURANTON, XVII, n. 519; TROPLONG, n. 88 en v. — (4) TROPLONG, n. 83 en v. — (5) POTHIER, n. 61.

uitdrukkelijke verklaring noodig, maar kan die aansprakelijk-stelling ook uit de omstandigheden worden opgemaakt.

361. Dit is met name, volgens 1783 B. W., het geval, wanneer de zaak bij het ter leen geven geschat is; het verlies komt dan, al ontstond het ook door toeval, ten laste van den bruikleener, ten ware het tegendeel mogt bedongen zijn. In dit laatste geval wordt de schatting geacht slechts te hebben plaats gehad om tot rigtsnoer te dienen voor het mogelijk geval, dat de bruikleener uit anderen hoofde tot vergoeding verpligt is (1); en daartoe is dan ook geen uitdrukkelijk beding noodig, daar hetzelfde ook anders uit de overeenkomst kan voortvloeijen. Maar waar dit het geval niet is, heeft de wetgever als wettelijk vermoeden aangenomen, dat de schatting geschied is met de bedoeling om den bruikleener in het algemeen met het verlies te belasten, en hij heeft, in navolging van art. 1883 C. N., daardoor een vroeger omtrent dit punt bestaand verschil van gevoelen opgeheven (2).

362. Intusschen kan de schatting in geen van beide gevallen geacht worden de strekking te hebben, om den eigendom der zaak op den bruikleener te doen overgaan en het regt van den uitleener enkel tot de geschatte waarde te bepalen. Dit zou in strijd zijn met het wezen der bruikleening; de schatting heeft alleen invloed op des bruikleeners verpligting in geval van verlies der geleende zaak zelve, maar niet op die tot teruggave daarvan, zoo hij hiertoe bij magte is. Hij zelf kan in dat geval den uitleener tegen diens wil de waarde niet opdringen, in plaats van de geleende zaak, en de uitleener kan even weinig, in plaats van de zaak, de geschatte waarde vorderen. Door de schatting is dus geene alternatieve verbindtenis ontstaan, noch ter keuze van de eene, noch van de andere partij, en de uitleener blijft schuldeischer niet van eene som gelds, maar van eene bepaalde zaak (3).

363. De bruikleener moet zich in het gebruik der zaak houden binnen de grenzen, die haar aard medebrengt of de overeenkomst heeft gesteld. Hij mag daarvan, volgens art. 1781 *b* B. W., geen ander gebruik maken, dan hetwelk de aard der zaak medebrengt, of dat bij de overeenkomst bepaald is (4). Dit ziet op de wijze, waarop, en het doel, waartoe de zaak gebruikt mag worden, waaromtrent de overeenkomst bepaalde bedingen behelzen kan, of die ook

(1) DURANTON, XVII, n. 532. — (2) Verg. POTHIER, n. 62 en v., die een ander gevoelen omhelst; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 211; TROPLONG, n. 119—121; DE PINTO, II, § 982, 2 *c*, bl. 470; 3e uitg. § 1042, 2 *c*, bl. 583; SCHÜLLER, op art. 1783 B. W. — (3) DURANTON, XVII, n. 533; TROPLONG, n. 122. — (4) TROPLONG, n. 97.

door den aard der zaak kunnen zijn bepaald en aangewezen. Het kan zijn, dat noch de overeenkomst, noch de aard der geleende zaak daaromtrent bepaalde aanwijzing geeft; de bruikleener is dan des te vrijer in zijn gebruik; maar altijd blijft het vaststaan, dat hij niet mag gaan buiten de gestelde grenzen. Maar wat art. 1781 *b* zegt ten aanzien van het gebruik zelf, geldt eveneens voor de ten aanzien van den tijd des gebruiks gestelde grenzen, en de bruikleener mag ook blijkens art. 1781 *c* het goed niet gedurende een langeren tijd gebruiken, dan hem dit is toegestaan.

364. Naar het Romeinsche regt maakte hij, die de geleende zaak tot een ander einde bezigde, dan waartoe zij hem was gegeven, zich schuldig aan diefstal, furtum usus (1). Hiervan kan bij ons geen sprake meer zijn (2), maar hij maakt zich daardoor, volgens art. 1781 *b* B. W., aansprakelijk tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn. Deze laatste woorden moeten enkel beschouwd worden als eene vertaling van het Fransche: s'il y a lieu, in art. 1880 C. N., en hebben dus enkel de strekking om de aansprakelijkheid te bepalen tot het geval, dat er wezenlijk, ten gevolge van een ander gebruik, kosten, schaden en interessen te vergoeden zijn; waartoe zij trouwens ook van zelve moet beperkt zijn, omdat geene vergoeding te pas komt, waar niets te vergoeden is. Men mag alzoo daaruit niet afleiden, dat er buiten de omstandigheden, dat van de zaak een ander gebruik is gemaakt en dat daardoor eenig nadeel veroorzaakt is, nog andere gronden, als kwade trouw van den bruikleener of dergelijke, noodig zouden wezen om hem tot vergoeding verpligt te doen zijn.

365. Voor het overige spreekt wel is waar art. 1781 *b* niet van het gebruik voor een langeren tijd, dan waarvoor het is toegestaan; dit neemt echter niet weg, dat de bruikleener ook daardoor in de verpligting komt om kosten, schaden en interessen te vergoeden. Vooreerst toch kan dit worden afgeleid uit art. 1781 *c*, waar beide gevallen gelijk gesteld worden, en de bruikleener in beide gevallen *daarenboven* aansprakelijk is verklaard voor het verlies van het goed, wat gewis aan een ander, ook aan beide gevallen gemeen, gevolg doet denken. Maar bovendien valt zoodanig gebruik voor langeren tijd geheel in de termen van art. 1401 B. W., en is het eene onregtmatige daad, welke hem, door wiens schuld schade is veroorzaakt, in de verpligting brengt om die te vergoeden. Wat overigens deze vergoeding zelve betreft, ook daarbij kan de bepaling van art.

(1) § 6 Inst. *de oblig. quae ex delicto nasc.* (IV, 1); POTHIER, n. 22. Verg. TROPLONG, n. 99. — (2) DURANTON, XVII, n. 517; TROPLONG, n. 93, 100, die, n. 91, ook uitsluit het misbruik van vertrouwen, volgens art. 408 C. P.

1282 B. W. worden toegepast; en zoo kan zij in sommige gevallen ook bestaan in hetgeen de uitleener als huur zou hebben kunnen genieten gedurende den tijd, waarover de bruikleener zijn gebruik onwettig heeft gerekt (1).

366. In beide gevallen, wanneer de bruikleener de zaak anders en wanneer hij haar langer gebruikt dan hij mogt, is hij, volgens art. 1781 *c* B. W., aansprakelijk voor het verlies van het goed, niet slechts wanneer dit een gevolg is van eenige schuld aan zijne zijde, maar ook al had dat verlies door een bloot toeval plaats. Men zal met het oog op deze wetsbepaling kwalijk kunnen aannemen, dat de bruikleener in die gevallen verondersteld wordt tot het toeval aanleiding te hebben gegeven (2); men zegge liever, dat in die gevallen, waarin hij de grenzen zijner bevoegdheid te buiten is gegaan, elk verlies, ook dat door louter toeval, voor zijne rekening is gesteld. De wet spreekt in dezen algemeen, en eene uitzondering voor het geval, dat de bruikleener reden had om te gelooven, dat de uitleener hem ook dat ander of langer gebruik wel zou hebben toegestaan, wanneer de behoefte daaraan bij de bruikleening was vooruitgezien, — zoodanige uitzondering mist allen grond en is dus onaannemelijk (3); dat de wetgever niet kan treden in alle bijzonderheden, is niet voldoende om zoodanige afwijking aan te nemen. Hetzelfde geldt van de dringende behoefte, die de bruikleener aan dat ander of langer gebruik kon hebben; en het is voldoende, dat hij een ander gebruik van de zaak heeft gemaakt, zonder dat dit gebruik juist meer gevaarlijk of meer omvattend behoeft geweest te zijn.

367. De bepaling van art. 1781 *c* geldt ook dan, wanneer het goed eveneens verloren zou zijn gegaan, indien de bruikleener geen ongeoorloofd gebruik daarvan gemaakt had en het goed bij den uitleener zelven ware geweest, b. v. wanneer een geleend paard zijn natuurlijken dood is gestorven (4). De wet toch maakt voor dit geval geene uitzondering, zoo als zij dat doet ten aanzien van den in de teruggave nalatigen bewaarnemer, in art. 1745 B. W. De Regering wees, tijdens de beraadslagingen, toen de bedenking geopperd was, of tusschen art. 1745 en 1781 wel de noodige overeenstemming bestond, op het onderscheid tusschen de bewaargeving, welke het belang des bewaargevers, en de bruikleening, die het belang des leeners beoogt (5). Maar bovendien is art. 1754 B. W., gelijk wij zagen,

---

(1) Duranton, XVII, n. 516. — (2) Pothier, n. 58. — (3) Duranton, XVII, n. 518. Zie echter pothier, n. 22; troplong, n. 98, 103. — (4) Anders duranton, XVII, n. 520; troplong, n. 101. — (5) Voorduin, V, bl. 361. Verg. de pinto, II, § 892, 2, *a*, bl. 470; 3e uitg. § 1042, 2, *a*, bl. 582; vernede, op art. 1781 B. W. Zie ook opzoomer, III, bl. 206 en v.

geheel in overeenstemming met art. 1480 *b* B. W., hetwelk in het geval, in art. 1781 *c* bedoeld, geen toepassing kan vinden. De bruikleener toch, die het goed tot andere einden gebruikt, of ook die het langer gebruikt dan hij mogt, is niet in gebreke, maar handelt regtstreeks in strijd met het regt, hem bij de bruikleening gegeven. Geheel anders zou het zijn, wanneer hij, na geëindigd gebruik de zaak stil onder zich houdende, slechts in de teruggave daarvan nalatig was; hij zou dan niet vallen in de termen van art 1781 *c*, maar in die van art. 1480 *b* B. W., waarmede dat ander artikel niets te maken heeft; doch dit art. 1480 *b* zou dan ook op hem toepasselijk zijn, en hij zou voor geene onvoorziene toevallen behoeven in te staan, zoo de zaak op gelijke wijze bij den uitleener zou vergaan zijn, indien zij aan dezen ware teruggegeven (1).

368. Wanneer de bruikleener zich binnen de grenzen zijner bevoegdheid houdt, is hij niet slechts niet aansprakelijk voor het verlies van het goed door eenig toeval, maar, volgens art. 1784 B. W., ook niet wegens eene vermindering in waarde, die de zaak ten gevolge van het geoorloofd gebruik en buiten zijne schuld (2) ondergaat. Anders is het, wanneer er aan zijne zijde eenige schuld bestaat, doordien hij niet behoorlijk voor het behoud der zaak heeft gezorgd, of de zaak aan meer gevaar heeft blootgesteld dan noodig was (3). Maar waar de vermindering een gevolg is van het gebruik zelf, waartoe de bruikleener geregtigd was, daar moet de uitleener zich de nadeelen getroosten, die uit zijne vergunning voortvloeijen (4); zoo althans het tegendeel niet bedongen is, wat door art. 1784 niet is uitgesloten en ook niet strijdt met het wezen der bruikleening.

369. Die iets ter leen ontvangt is voorts, volgens art. 1781 *a* B. W., gehouden als een goed huisvader voor de bewaring en het behoud van het geleende goed te zorgen, en hetzelfde geldt natuurlijk van al wat daarbij behoort (5). Nog meer zorg (6) heeft de wet niet van hem gevorderd; maar zij heeft zich ook niet tevreden gesteld met die, welke hij omtrent de bewaring zijner eigene zaken aanwendt, gelijk art. 1743 B. W. van den bewaarnemer vordert, omdat van den bruikleener, in wiens belang de bruikleening geschiedt en die daardoor bevoordeeld wordt, met grond eene meerdere zorg kon gevorderd worden, en de uitleener er op moet kunnen rekenen, dat

---

(1) Verg. ZACHARIAE, II, § 392, bl. 38 en n. 5. — (2) In art. 1792 Wetb. v. 1830 stond: „buiten *toedoen* van den gebruiker"; wat teregt in *schuld* is veranderd (VOORDUIN, V, bl. 372), omdat het toedoen steeds in het gebruik zou begrepen zijn. — (3) POTHIER, n. 57; DURANTON, XVII, n. 528; MALLEVILLE, IV, bl. 32. — (4) POTHIER, n. 39. — (5) POTHIER, n. 54; DURANTON, XVII, n. 524. — (6) Verg. POTHIER, n. 48 en v., 53.

de bruikleener voor zijn goed als een goed huisvader zorgt (1). Deze is daartoe verpligt, al pleegt hij ook voor zijne eigene zaken minder zorg te dragen; zelfs kan zijne ongeschiktheid voor zoodanige zorg hem van de verpligting daartoe niet ontheffen (2). In de toepassing is overigens natuurlijk veel aan 's regters oordeel overgelaten; in het algemeen staat het echter vast, dat alle schade aan, en zoo ook het verlies van het goed, door mindere zorg van den bruikleener veroorzaakt, door dezen moet worden vergoed.

370. De verpligting, den bruikleener in art. 1781 *a* B. W. opgelegd, lijdt eene uitzondering in het geval, dat partijen zelve bij de overeenkomst daarvan zijn afgeweken; waartoe zij de bevoegdheid hebben (3). Buiten dit enkele geval echter geloof ik, dat geene uitzonderingen kunnen worden toegelaten. Er is wel beweerd, dat de bruikleener tot minder zorg verpligt zou zijn, wanneer de bruikleening niet alleen in zijn belang, maar ook in dat van den uitleener plaats had (4); maar de juistheid daarvan zou ik zeer betwijfelen. Men zal zich vooreerst wel niet met grond bij tegenstelling op art. 1744, 3° B. W. kunnen beroepen; in allen gevalle had, hetgeen men bedoelt, evenzeer ten aanzien van den bruikleener moeten bepaald zijn, maar is zulks niet bepaald. Verder is wel ook in het Romeinsche regt voor zoodanig geval eene mindere zorg dan anders gevorderd, maar behalve dat dit regt bij ons niet geldt, moet ook wèl in het oog gehouden worden, dat het Romeinsche regt in den regel nog meer dan de zorg van een' goed huisvader van den bruikleener vordert. Eindelijk moge soms de bruikleening ook in het belang van den uitleener kunnen zijn, zij is uit haren aard altijd voornamelijk, althans altijd mede in het belang van den bruikleener; zij is dit zoozeer, dat de zorg van een' goed huisvader altijd wel van hem gevorderd mogt worden, zonder dat het bijkomend belang van den uitleener die verpligting behoeft te verminderen of te verzwakken; eene vermindering trouwens, waartoe de algemeene bepaling der wet ook geene aanleiding geeft. Hetzelfde geldt voor het geval, dat de uitleener zijne zaak ten gebruike heeft aangeboden, zonder dat de bruikleener er om had verzocht (5).

---

(1) Duranton, XVII, n. 521; troplong, n. 69 en v., vooral n. 77 en v.; de pinto, II, § 982, bl. 470; 3e uitg. § 1042, bl. 581 en v. — (2) Verg. troplong, n. 73. Deze schrijver wil daarentegen, n. 82, gelet hebben op de persoonlijke hoedanigheid van den bruikleener; maar in het door hem aangevoerd geval is de minderjarigheid en dus de onbekwaamheid van den bruikleener een beletsel tegen de geldigheid der bruikleening, waarvoor de strenge toepassing van art. 1781 *a* van zelf moet wijken. — (3) Pothier, n. 50; duranton, XVII, n. 523; troplong, n. 75, 82. — (4) Pothier, n. 51; duranton, XVII, n. 522. Verg. troplong, n. 81. — (5) Pothier, n. 52.

371. Indien de geleende zaak verloren gaat door een toeval, hetwelk degene, die haar ter leen ontvangen heeft, had kunnen voorkomen, door zijne eigene zaak te gebruiken, of indien hij, slechts ééne van beide kunnende behouden, aan de zijne den (1) voorrang heeft gegeven, is hij, volgens art. 1782 B. W., voor het verlies der andere zaak aansprakelijk. Men heeft dit voorgesteld als een gevolg der verpligting, in art. 1781 *a* den bruikleener opgelegd, beweerende, dat deze meer zorg voor de geleende zaak moet dragen dan voor zijne eigene (2). Dit laatste schijnt echter, gelijk wij zagen, minder juist; wanneer de bruikleener ook voor zijn eigen goed als een goed huisvader zorgt, dan is hij ten aanzien der geleende zaak tot geen meerdere zorg gehouden, en de bepaling van art. 1782 kan in zoodanig geval zoo weinig een gevolg zijn van die van art. 1781 *a*, dat deze voor het geval dat de geleende zaak minder waarde had dan des bruikleeners eigene, juist tot het tegenovergestelde zou moeten leiden. Wij beschouwen art. 1782 liever als eene bepaling op zich zelve, strekkende om te voorkomen, dat de bruikleener niet maar de geleende zaak aan gevaren zal blootstellen om zijne eigene te sparen, en dat hij, slechts ééne van beiden kunnende behouden, niet door eigenbelang te zeer tot het behoud der zijne zou geleid worden, maar in de bepaling der wet eene drijfveer vinden zou om te waken voor het goed des uitleeners, die zelf voor het zijne niet kan zorgen (3). Het is dan ook billijk, dat de bruikleener, waar hij slechts ééne van beiden, en dus zijne eigene zaak alleen met opoffering der geleende, behouden kan, het verlies van de eene drage. Zijn beide van gelijke waarde, zoo is het ten gevolge onzer wetsbepaling onverschillig voor hem, welke behouden blijft. Wanneer ze in waarde verschillen, zoo maakt ook die bepaling het geraden, wat in het algemeen geraden is, dat de kostbaarste behouden blijve. Is dit de geleende en redt hij die, zoo lijdt hij door het verlies zijner eigene zaak een geringer nadeel; terwijl hij, door evenwel de zijne te redden ten koste van de meer kostbare zaak des uitleeners, billijkerwijze tot de vergoeding hiervan verpligt is. Is de eigene zaak de kostbaarste en redt hij die, zoo heeft hij wèl en verstandig gehandeld, maar kan dan ook het verlies der geleende zaak van mindere waarde wel dragen (4).

372. Uit het gezegde volgt, dat het voor de toepassing van art.

---

(1) Art. 1782 zegt *eenen* voorrang; dit schijnt eene drukfout te zijn, die niet voorkomt in art. 6 der Wet v. 1 Maart 1825 (Sb. n. 24). Verg. *Themis*, II, bl. 373; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1782 B. W. — (2) POTHIER, n. 56; DURANTON, XVII, n. 525; TROPLONG, n. 113 en v. — (3) OPZOOMER, III, bl. 210 en v., neemt alleen aansprakelijkheid aan, wanneer de leener het gevaar kende, het toeval voorzien kon. — (4) Verg. OPZOOMER, III, bl. 211 en v.

1782 B. W. niets ter zake doet, welke der beide zaken de grootste waarde heeft (1). De bepaling der wet is dan ook zoo algemeen, dat zij voor eene onderscheiding op dien grond geene ruimte laat. Men moet daarbij echter wèl in het oog houden, dat zij, wat haar laatste gedeelte betreft, van de veronderstelling uitgaat, dat ook de geleende zaak heeft kunnen behouden worden; anders toch kon er geen sprake zijn van het geven van voorrang aan de eigen zaak. Wanneer alzoo de geleende niet kon behouden worden, zoo is de bruikleener niet op grond van art. 1782 voor haar verlies aansprakelijk, en wordt hij dit ook niet, door eene hem zelven toebehoorende zaak, die hij redden kon, te behouden; men kan niet van hem vorderen, dat hij ook dezen prijs geve, om zóó eerst van alle aansprakelijkheid voor het verlies van gene bevrijd te zijn. Op gelijke wijze geloof ik met POTHIER te mogen aannemen, dat, wanneer het gevaar zoo dringend was, dat er slechts in de haast gered kon worden wat voor de hand lag, zonder dat er aan het geven van voorrang aan de eene of andere zaak gedacht kan worden, het redden eener voor de hand liggende eigene zaak niet aansprakelijk stelt voor het verlies van het geleende goed, dat niet zoodanig onder het bereik lag (2).

373. Wat het eerste gedeelte van art. 1782 betreft, schijnt men eene uitzondering te moeten toelaten voor het geval, dat de uitleener, wetende, dat de bruikleener ook zelf eene zaak had, die hij kon gebruiken, hem echter de zijne heeft geleend, opdat de andere bewaard zou blijven (3). Daarin ligt dan stilzwijgend het bewijs opgesloten van de bedoeling der partijen om af te wijken van eene bepaling, die slechts strekt om misbruik aan de zijde van den bruikleener te voorkomen.

374. De bruikleener moet na gemaakt gebruik of op den bepaalden tijd de zaak teruggeven. De wet spreekt wel is waar van die verpligting in deze tweede afdeeling niet uitdrukkelijk; zij ligt echter in de bepaling, die art. 1777 B. W. geeft, opgesloten, en volgt dan ook genoegzaam uit het geheele wezen der bruikleening; terwijl de oplegging der verpligting, om als een goed huisvader voor het goed te zorgen en daarvan geen ongeoorloofd gebruik te maken, daarmede in verband staat. Wanneer de teruggave moet plaats hebben, hebben wij hierboven (n. 352) reeds met een woord gezien; wij komen daarop bij de beschouwing van art. 1787 terug. Wat de de plaats betreft, waar zij geschieden moet (4), bij gebreke van bijzondere bepalingen deswege zal men zich te dien aanzien moeten

---

(1) POTHIER, n. 56. Verg. TROPLONG, n. 117; zie echter DURANTON, XVII, n. 527. —(2) POTHIER, t. a. p.; TROPLONG, n. 118. — (3) POTHIER, n. 59. — (4) POTHIER, n. 36 en v.; TROPLONG, n. 108 en v.

houden aan art. 1429 B. W. De teruggave moet geschieden in den staat, waarin het goed zich alsdan bevindt, onverminderd de verpligting tot vergoeding wegens zoodanige vermindering in waarde als het door de schuld van den bruikleener heeft ondergaan (1). Zij moet geschieden met de vruchten, die de zaak uit haren aard heeft opgeleverd (2).

375. De teruggave moet geschieden aan den uitleener, al is de overgifte der geleende zaak ook door een' ander namens hem gedaan (3), of aan zijn' gemagtigde (4) of aan zijn wettigen vertegenwoordiger (5). Deze laatste zal zelfs bij uitsluiting bevoegd zijn om het goed terug te ontvangen, wanneer de uitleener na de leening het beheer zijner zaken verloren heeft. Waar echter een minderjarige b. v. iets heeft uitgeleend, wat zijn vader of voogd in zijne handen had gesteld en aan zijne zorg overgelaten, daar schijnt ook veilig aan hem te kunnen worden teruggegeven (6). Wij hebben overigens reeds hierboven gezien, dat de teruggave niet geweigerd kan worden op grond dat de uitleener niet zou zijn de eigenaar der geleende zaak (7).

376. Wij hebben reeds gezien, dat de verpligting tot teruggave door geene verjaring vervalt, omdat de bruikleener geen bezitter is der zaak, maar slechts houder voor een' ander (8). Eveneens kan, volgens de bepaling van art. 1465, 2° B. W., welke de C. N. ook in dezen titel, art. 1885, schoon noodeloos (9), herhaalde, de teruggave niet geweigerd worden op grond eener compensatie of vergelijking van schuld, al zijn ook zaken ten gebruike geleend, die anders voor compensatie vatbaar zijn (10). Wij hebben bovendien vroeger het gevoelen verdedigd, dat de compensatie ook dan is uitgesloten, wanneer, doordien de zaak verloren is gegaan, hare waarde door den bruikleener vergoed moet worden (11).

377. De bruikleener heeft voorts ook in het geval, waarin hem volgens art. 1789 B. W. uitgaven, door hem gedaan, vergoed moeten worden, geen regt om de zaak terug te houden totdat hem die uitgaven vergoed zijn. Dat regt van terughouding bestaat in het algemeen slechts in zoodanige gevallen, waarin het door de wet uitdrukkelijk is toegekend; wat hier niet heeft plaats gehad, terwijl het b. v.

---

(1) Pothier, n. 38. — (2) Opzoomer, III, bl. 202. — (3) Pothier, n. 29. — (4) Pothier, n. 30; troplong, n. 106. — (5) Pothier, n. 31, 33; troplong, n. 106 en v. — (6) Pothier, n. 35; troplong, n. 107. — (7) Verg. pothier, n. 44; troplong, n. 106. — (8) Pothier, n. 47. — (9) Voorduin, V, bl. 372; asser, § 831, 2°. — (10) Pothier, n. 44; duranton, XVII, n. 536; troplong, n. 129 en v. Verg. hierboven VI, n. 950. — (11) Zie hierboven VI, n. 951. Anders pothier, n. 44; duranton, XVII, n. 537; troplong, n. 131 en v.; zachariae, II, § 392, bl. 39.

wel ten aanzien van den bewaarnemer is geschied in art. 1766 B. W., welks analogische toepassing, al was zij ook in het algemeen geoorloofd, hier ook nog daarom zou zijn uitgesloten, omdat, terwijl de bewaargeving in het belang van den bewaargever en bruikleening in dat van den bruikleener geschiedt, hier tusschen den bewaarnemer en den bruikleener geenszins zoodanige gelijkheid bestaat, die tot dergelijke toepassing regt kon geven (1).

378. De bruikleener moet, gelijk wij zagen, de zaak zelve teruggeven; hij is dus schuldenaar eener bepaalde zaak, en zijne verpligting tot teruggave houdt alzoo, volgens art. 1480 B. W., op, wanneer de zaak buiten zijne schuld verloren is gegaan, tenzij hij op dat tijdstip reeds in de teruggave daarvan nalatig mogt zijn geweest. In dit laatste geval is hij door het verlies der zaak niet van zijne verpligting ontslagen (2), tenzij de zaak op gelijke wijze bij den uitleener zou vergaan zijn, in geval zij aan hem teruggegeven ware. Ook deze bepaling toch van art. 1480 is, gelijk wij reeds aanmerkten, letterlijk in dit geval van toepassing, wat zij niet is in het geval van art. 1781 *c* B. W. Wat de nalatigheid zelve betreft, het komt mij voor, dat te dien aanzien ook hier de algemeene regels gelden; dat dus de overeenkomst zelve kan medebrengen, dat de bruikleener in gebreke zal zijn, door op een bepaalden tijd het goed niet terug te geven, dat dit echter niet onbepaald het geval is, en dan daartoe eene ingebreke-stelling noodig is (3).

379. De uitleener heeft wegens de teruggave der geleende zaak, hare vergoeding in geval van verlies, zoo daartoe termen zijn, en de vergoeding van kosten, schaden en interessen, waar deze verschuldigd is, eene regtsvordering jegens den bruikleener. Indien verscheiden personen gezamenlijk dezelfde zaak ter leen hebben ontvangen, zijn zij, volgens art. 1786 B. W., ieder voor het geheel daarvoor jegens den uitleener aansprakelijk, en dit geldt zonder twijfel niet alleen van de teruggave, maar ook van alle ter zake der bruikleening op hen rustende verpligtingen. Al is dus ook bij de bruikleening zelve geene hoofdelijkheid bedongen, zoo bestaat zij evenwel van regtswege uit kracht der wet, niet slechts wanneer het onderwerp der bruik-

---

(1) Verg. DURANTON, XVII, n. 538; DE PINTO, II, § 985, 1, bl. 471; 3e uitg. § 1045, 1, bl. 583; LIPMAN, bl. 529; VERNEDE, op art. 1789 B. W. Anders POTHIER, n. 43, 82; TROPLONG, n. 128, 161; ZACHARIAE, II, § 392, bl. 38 en v. en n. 1. ZACHARIAE merkt aan, dat uit art. 1948 C. N. (art. 1766 B. W.) geen argumentum a contrario geput mag worden, wat dan ook geheel iets anders is, dan de uitsluiting van een argumentum ex analogia. — (2) POTHIER, n. 60; DURANTON, XVII, n. 529. — (3) Strenger zijn DURANTON, XVII, n. 530; ZACHARIAE, II, § 392, bl. 38 en n. 6.

leening ondeelbaar, maar ook wanneer het voor verdeeling vatbaar is (1).

380. De verpligting van den bruikleener gaat natuurlijk op zijne erfgenamen over. Dit geldt ook van de aansprakelijkheid voor het geheel, waarvan art. 1786 B. W. spreekt, met dat gevolg, dat de uitleener ook de erfgenamen van een' der hoofdelijk verbonden bruikleeners voor het geheel kan aanspreken. Wat echter de erfgenamen van den bruikleener of van een' der bruikleeners betreft, deze zijn als zoodanig jegens den uitleener niet voor het geheel, maar ieder voor zijn aandeel aansprakelijk, tenzij het mogt gelden eene zaak, die in de levering voor geene verdeeling vatbaar is, zoodat art. 1338 B. W. zijne toepassing moet vinden. Anders toch kan hier bij het stilzwijgen der wet voor dit geval geene hoofdelijke verbindtenis worden aangenomen (2); art. 1318 B. W. belet dit, en art. 1786 B. W. geeft daartoe geen' grond, omdat wel ook, wanneer de bruikleener is gestorven, zijne erfgenamen en alzoo verscheiden personen gezamenlijk dezelfde zaak ten gevolge van bruikleening onder zich hebben, maar zij toch die zaak niet gezamenlijk ter leen ontvangen hebben, en dus de reden, waarom in het eene geval de verbindtenis hoofdelijk kon worden gemaakt, in het andere geval niet bestaat, maar de erfgenamen van den bruikleener veelmeer met alle andere erfgenamen van een' schuldenaar moeten worden gelijk gesteld.

381. De regtsvordering, die de uitleener als zoodanig tegen den bruikleener of diens erfgenamen heeft, is eene persoonlijke vordering, gegrond op de bestaande verbindtenis (3). Dit belet echter in geenen deele den uitleener, die tevens eigenaar is, en dit volgens art. 1778 B. W. blijft, om als zoodanig en op grond van zijn eigendomsregt het geleende van den bruikleener als houder terug te vorderen bij revindicatie of reclame. Het regt daartoe is in art. 629 B. W. den eigenaar tegen iederen houder gegeven, en dat hij in dit bijzonder geval tegenover dien houder ook nog staat in de betrekking van uitleener, kan niet strekken om zijn regt als eigenaar te verzwakken of eenigermate te beperken (4). Tegen derden, aan wie de bruikleener de zaak heeft vervreemd, heeft de uitleener geene persoonlijke vordering op grond der bruikleening; maar tegen hen kan hij, eigenaar

---

(1) POTHIER, n. 65; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 222; TROPLONG, n. 139. — (2) Zoo ook POTHIER, n. 66; TROPLONG, n. 140. — (3) POTHIER, n. 67. — (4) Verg. hierboven III, n. 279, en de daar aangehaalde plaatsen; voorts mr. J. DE WITTE VAN CITTERS, in *Themis*, V, bl. 361 en v. Anders S. H. BEKKER, *De quaestione, an commodanti qua tali adversus commodatarium competat rei usui, datae vindicatio* (Gron. 1843).

der zaak zijnde, op dezen grond de zakelijke vordering tot opeisching van zijn' eigendom, en ook alleen deze, instellen (1).

AFDEELING III.

§ 3.

Van de verpligtingen van den uitleener.

382. De uitleener kan, volgens art. 1787 B. W., de geleende zaak niet terugvorderen dan na verloop van den bepaalden tijd, of, bij gebreke eener dusdanige bepaling, nadat zij tot het gebruik, waartoe zij was uitgeleend, gediend heeft of heeft kunnen dienen. Hij is dus verpligt om den bruikleener tot zoo lang het genot der geleende zaak te laten behouden. Hij was niet gehouden, de zaak ten gebruike te geven, maar door de bruikleening heeft hij zich de bevoegdheid benomen om haar naar welgevallen terug te nemen en zelf te gaan gebruiken. Ware het anders, dan zou de bruikleener, te wiens behoeve nu de bruikleening plaats heeft, veelal juist in verlegenheid komen, wanneer hij te midden van het gebruik, dat hij van de zaak maakt, haar weder moest missen (2).

383. In de eerste plaats komt de tijd in aanmerking, welke bij de bruikleening bepaald is, en eerst bij gebreke van zoodanige bepaling, het gemaakt gebruik. Vanhier dat men bezwaarlijk met POTHIER zal kunnen aannemen, dat de zaak ook vóór den bepaalden tijd kan teruggevorderd worden, wanneer het gebruik, dat men daarvan wilde maken, reeds vroeger volledig is gemaakt (3), noch ook dat de bruikleener de zaak ook langer zou kunnen behouden, wanneer hij daaraan behoefte had, en de uitleener daardoor geen nadeel leed, of althans een veel geringer nadeel dan de bruikleener zou lijden, zoo hij terstond de zaak terug moest geven (4). Hoe aannemelijk dit op zich zelf welligt mogt zijn, het stuit af op de stellige bepaling der wet, welke — terwijl partijen ook misschien juist door de tijdsbepaling alle geschillen over de vraag, of van de zaak al dan niet het bedoelde gebruik is gemaakt, hebben willen voorkomen, — die tijdsbepaling in het algemeen handhaaft.

384. Bij gebreke van tijdsbepaling kan de zaak eerst teruggevor-

---

(1) POTHIER, t. a. p. — (2) POTHIER, n. 24; MALLEVILLE, IV, bl. 35; TROPLONG, n. 141 en v. — (3) POTHIER, n. 26. Verg. TROPLONG, n. 150. — (4) POTHIER, n. 28; TROPLONG, n. 104.

derd worden, wanneer zij tot het bedoelde gebruik gediend heeft of heeft kunnen dienen. Van dit laatste spreekt art. 1888 C. N. niet, en ik vind ook niet vermeld, wat onzen wetgever tot de bijvoeging dier woorden heeft bewogen. In allen gevalle echter is daardoor den bruikleener de magt ontnomen om de zaak onbepaald onder zich te houden onder voorwendsel, dat het bedoelde gebruik daarvan nog niet is gemaakt. Daar het gebruik bij de overeenkomst althans middellijk bepaald moet zijn, is het niet onmogelijk te beslissen, dat op zeker tijdstip de zaak daartoe heeft kunnen dienen; en van de beslissing van dit punt zal wel geen nadeel te vreezen zijn, wanneer men de bepaling enkel beschouwt als strekkende tot voorkoming van misbruik aan zijde van den bruikleener.

385. De bepaling van art. 1788 B. W. lijdt uitzondering, wanneer bij de bruikleening bepaald is, dat de uitleener ten allen tijde bevoegd zal zijn de geleende zaak terug te vragen.

386. Zij lijdt eveneens uitzondering voor het geval, dat de uitleener gedurende den bepaalden tijd, of voordat de behoefte van den gebruiker opgehouden heeft, de geleende zaak, om dringende en onverwachts opkomende redenen, zelf noodig heeft. Men heeft aangenomen, dat de bevoegdheid om de zaak terug te vragen voor dat geval geacht mag worden stilzwijgend bedongen te zijn; dat de uitleener niet zou hebben toegestemd in de bruikleening, wanneer hij voorzien had, dat hij zelf zoo dringende behoefte aan de zaak zou krijgen, en dat, wanneer één van beiden, de uitleener of de bruikleener, het gemis der zaak moet ondervinden, het billijk is, dat dit eer dezen dan genen treft (1). Hoe dit zijn moge (2), art. 1788 B. W. bepaalt, dat in zoodanig geval de regter, naar gelang der omstandigheden, den gebruiker noodzaken kan het geleende aan den uitleener terug te geven.

387. Ook in het bedoeld geval is den uitleener geene vrije bevoegdheid gegeven om de zaak terug te nemen, maar de beslissing aan den regter opgedragen. Duranton spreekt hier van het kort geding voor den president der regtbank (3); de wet noemt echter dezen niet, maar spreekt in het algemeen van den regter, waaronder in den regel òf de kantonregter òf de regtbank verstaan moet worden. En wanneer men nu aanneemt, dat de regtsmagt van den voorzitter eene exceptionele is, die in zaken, waarin uit hoofde van onverwijlden spoed eene onmiddellijke voorziening wordt vereischt, slechts in enkele gevallen, door de wet bepaaldelijk aangewezen, kan worden ingeroe-

---

(1) Verg. Pothier, n. 25; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 203, 211, 222; Malleville, IV, bl. 35; Troplong, n. 151 en v.; Schüller, op art. 1788 B. W. — (2) Duranton, XVII, n. 545, bestrijdt de bepaling. — (3) Duranton, XVII, n. 546.

pen (art. 289 W. v. B. R.) (1), dan zal hier, tenzij de kantonregter bevoegd mogt zijn, de bemoeijing der regtbank noodig wezen, al schijnt ook de veelal langzame behandeling van zaken bij de regtbank voor gevallen van dringende behoefte weinig te passen.

388. Hoe het zij, de regter kan den bruikleener niet tot teruggave noodzaken, tenzij dringende redenen die voor den uitleener noodig maken. Die redenen moeten voorts ook onverwachts zijn opgekomen, en dus ten tijde der bruikleening niet voorzien zijn; zoodat, wanneer zij toen voorzien hadden kunnen worden, de uitleener geacht moet worden dat gevaar op zich te hebben genomen, en wachten moet totdat hij overeenkomstig art. 1787 de zaak terug kan vorderen. Bovendien maakt nog de omstandigheid, dat de uitleener om dringende en onverwachts opkomende redenen zelf de zaak noodig heeft, het voor den regter niet noodzakelijk, den bruikleener tot teruggave te noodzaken; hij *kan* dit slechts, en hij kan het naar gelang der omstandigheden; zoodat hier den regter de meeste ruimte gelaten is, om geheel ex aequo et bono uitspraak te doen en onder anderen in aanmerking te nemen, of het den bruikleener ook mogelijk is, de zaak op het oogenblik terug te geven, en of ook soms op andere wijze beider belangen kunnen worden overeengebragt (2).

389. Voor het overige houde men in het oog, dat art. 1787 B. W. den uitleener eene om zoo te zeggen negatieve verpligting oplegt, om zijnerzijds het gebruik van den bruikleener niet ontijdig te doen ophouden; maar dat het hem niet verpligt om den bruikleener het rustige genot van het goed te doen hebben zoolang zijn gebruik mag duren, gelijk zoodanige verpligting in art. 1586, 3° B. W. den verhuurder jegens den huurder is opgelegd. Het verschil tusschen huur en verhuur, die tegen een bepaalden prijs, en bruikleening, die om niet geschiedt, leidt van zelf tot dit onderscheid (3). De uitleener is dus slechts aansprakelijk voor stoornis, die hij zelf heeft veroorzaakt (4). De bruikleener, die door derden in zijn genot gestoord wordt, kan alzoo de opheffing dier stoornis niet van den uitleener vorderen, noch ook eenige vergoeding van kosten, schaden en interessen deswege, tenzij deze, wetende dat de zaak hem niet toebehoorde, haar evenwel aan genen ten gebruike had gegeven zonder hem daarmede bekend te maken (5).

390. Zoo is de uitleener ook niet, gelijk de verhuurder volgens art. 1586, 2° en 1587 *b* B. W., verpligt het geleende goed te onderhouden in zoodanigen staat, dat het tot het gebruik, waartoe het

---

(1) Verg. *Opm en Med.*, IV, bl. 161 en v., 164 en v. — (2) Verg. POTHIER, t. a. p.; DURANTON, XVII, n. 545 en v. – (3) POTHIER, n. 76, 79; DURANTON, XVII, n. 547; TROPLONG, n. 154. — (4) POTHIER, n. 78. — (5) POTHIER, n. 80; DURANTON, XVII, n. 547; ZACHARIAE, II, § 393, bl. 39.

bestemd is, dienen kan. Het was dan ook mijns bedunkens ten onregte, dat de tribun BOUTTEVILLE (1) zich ter aanprijzing der bepaling van art. 1890 C. N. (art. 1789 B. W.) beriep op de edelmoedigheid, le sentiment généreux, waardoor de uitleener tot de leening geleid is en waarmede eene weigering der daar bedoelde vergoeding kwalijk vereenigbaar zou zijn. Wij zullen zien, dat er een andere grond bestaat voor die bepaling; welke, zoo het gezegde waar was, geheel anders had moeten luiden, en den uitleener gelijke verpligting als den verhuurder had moeten opleggen, wat zij echter niet doet. Wel is ook de bruikleener tot geen onderhoud der zaak, tot geene kosten, om de zaak tot het gebruik geschikt te houden, verpligt, — deze verpligting toch is hem nergens opgelegd (2); — maar hij kan, zoo de zaak zonder zoodanige kosten niet meer gebruikt kan worden, en noch de uitleener, noch hij zelf die kosten wil aanwenden, eenvoudig volstaan met afstand te doen van zijn genot en de zaak aan den uitleener terug te geven.

391. Vanhier dat de gebruiker, die, om van de geleende zaak gebruik te kunnen maken, eenige onkosten gemaakt heeft, deze, volgens art. 1785 B. W., niet kan terugvorderen. Hij heeft ze gemaakt om genot te hebben van de geleende zaak, dus in zijn eigen belang; hij was er niet toe verpligt, maar moet, nu hij ze gemaakt heeft, ze zelf dragen (3). Art. 1785 spreekt dan ook geheel algemeen, en er is volstrekt geene reden, om de woorden: „eenige onkosten" juist te verstaan in den zin van modica impendia, gelijk MALLEVILLE wil (4); men zal daaronder moeten verstaan alle onkosten, hetzij van meer, hetzij van minder gewigt, die de gebruiker aangewend heeft om van de geleende zaak gebruik te kunnen maken. Aan den anderen kant is er geene reden om aan te nemen, dat de bruikleener verpligt zou zijn tot de hier bedoelde onkosten (5); de wet legt hem zoodanige verpligting nergens op, maar veronderstelt alleen, dat hij in zijn eigen belang onkosten heeft gemaakt.

392. Met het gezegde is dan ook volstrekt niet in strijd de bepaling van art. 1789 B. W. „Indien de gebruiker, gedurende de bruikleening, tot behoud der zaak eenige buitengewone noodzakelijke onkosten heeft moeten maken, welke zoo dringende waren, dat hij daarvan te voren aan den uitleener geene kennis heeft kunnen geven, is deze verpligt hem dezelve te vergoeden" (6). Hier toch is geen sprake van onkosten, gemaakt om gebruik van de zaak te kunnen

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 212. — (2) Zie echter POTHIER, n. 81. — (3) DURANTON, XVII, n. 539; DE PINTO, II, § 983, bl. 471; 3e uitg. § 1043, bl. 583; SCHÜLLER, op art. 1785. — (4) MALLEVILLE, IV, bl. 33, 36. – (5) Zoo TROPLONG, n. 133 en v. — (6) DURANTON, XVII, n. 548; TROPLONG, n. 157 en v.

hebben, maar van onkosten tot behoud der zaak noodzakelijk, en dus aangewend in het belang van den uitleener; die wel in het algemeen zelf moet weten, of hij ze wil aanwenden of liever de zaak laten vergaan, maar voor wien de bruikleener, in het in art. 1789 bedoeld geval, als negotiorum gestor heeft gehandeld, en daarom ook als zoodanig aanspraak op vergoeding heeft.

393. Vandaar dat het voor de toepassing van art. 1789 noodig is, vooreerst dat de onkosten tot behoud der zaak noodzakelijk waren; ten anderen dat ze zoo dringende waren, dat de bruikleener den uitleener daarvan te voren geen kennis heeft kunnen geven, om dezen zelv' daarvoor te laten zorgen of daarover te laten beslissen; ten derde dat ze buitengewoon waren. Malleville stelt dépense extraordinaire tegenover quelque dépense, waaronder hij, gelijk wij zagen, geringe uitgaven verstaat, en neemt gene dus op in den zin van aanzienlijke onkosten (1). Ook deze opvatting komt mij onjuist voor, en de hoegrootheid der onkosten schijnt bij de beoordeeling, of ze gewoon dan wel buitengewoon zijn, volstrekt niet in aanmerking te kunnen komen. De uitdrukking: buitengewone onkosten, komt mij voor enkel te strekken tot nadere bepaling der kosten van behoud. Zoo zijn b. v. ook de kosten der voeding van een geleend paard noodzakelijke kosten tot behoud daarvan, maar ze zijn dagelijksche en zeer gewone kosten, waartoe de bruikleener wel niet bepaald verpligt is, maar die hij, zoo hij ze gemaakt heeft om van het paard gebruik te kunnen maken, volgens art. 1785, niet kan terugvorderen, en die de uitleener, volgens art. 1789, niet behoeft te vergoeden, omdat ze niet buitengewoon zijn. Dit zijn alleen zoodanige onkosten, waarop bij de bruikleening niet gerekend kon worden.

395. De verpligting tot vergoeding der in art. 1789 bedoelde onkosten vervalt niet, al is de zaak later ook verloren gegaan, en al zijn de onkosten dus zonder het gewenschte gevolg gebleven. Zulks belet niet, dat ze tot behoud der zaak zijn aangewend, en dit is voor zoo verre voldoende (2).

394. De bruikleener heeft voor die vergoeding, volgens art. 1185, 4° en 1193 *b* B. W., eene bevoorregte inschuld op de zaak, tot wier behoud de kosten zijn aangewend; maar, gelijk wij zagen, geen regt van terughouding. De teruggave der zaak, zonder tevens zoodanige vergoeding te vorderen, doet dan ook de aanspraak hierop niet vervallen (3).

396. Eene verpligting, gelijk art. 1540 B. W. den verkooper oplegt tot vrijwaring wegens verborgen gebreken, kon den uitleener

---

(1) Malleville, IV, bl. 36. — (2) Duranton, XVII, n. 548; Pothier, n. 83. — (3) Pothier, n. 82 en v.

almede niet worden opgelegd, met dat gevolg, dat hij in het algemeen aansprakelijk zou zijn voor nadeelen, daaruit voor den bruikleener ontstaan. Maar wanneer de ter leen gegeven zaak zoodanige gebreken heeft, dat daardoor aan dengene, die er zich van bedient, nadeel zou kunnen worden toegebragt, en de uitleener die gebreken kende, maar evenwel daarvan aan den gebruiker geen kennis gaf, dan is hij, volgens art. 1790 B. W., voor de gevolgen aansprakelijk.

397. De bepaling is algemeen en ziet op alle soorten van gebreken, ten gevolge waarvan het gebruik der zaak voor den bruikleener nadeelig kan zijn (1). Het mag echter gerekend worden in den aard der zaak te liggen, dat hare toepassing beperkt moet worden tot zoodanige gebreken, die den bruikleener onbekend waren en zich ook niet van zelve aan hem openbaarden; verborgen gebreken dus, die hij niet kent (2), en slechts zou kennen, wanneer de uitleener hem daarvan kennis had gegeven, en om welke de bruikleener in dat geval òf zich van het gebruik der zaak geheel zou hebben onthouden, òf wel zoodanige voorzorgen zou hebben genomen, waardoor de nadeelige gevolgen konden worden voorgekomen. En het is juist de omstandigheid, dat de uitleener daarvan geen kennis heeft gegeven, ofschoon hij met de gebreken wel bekend was, die hem aansprakelijk stelt voor de gevolgen, waarvoor hij niet aansprakelijk zou zijn, zoo hij ook zelf daarvan geen kennis had gedragen (3).

398. De bruikleener heeft ten gevolge der verpligtingen van den uitleener tegen dezen eene persoonlijke regtsvordering. Indien verscheiden personen gezamenlijk dezelfde zaak ter leen hebben gegeven, heeft hij die vordering tegen deze allen, maar tegen ieder slechts voor zijn aandeel, niet voor het geheel, tenzij dit uitdrukkelijk mogt zijn bedongen. Zoodanige hoofdelijke verbindtenis bestaat te hunnen aanzien niet uit kracht der wet, en eene bepaling als van art. 1786 B. W. voor het geval, dat verscheiden personen gezamenlijk dezelfde zaak ter leen hebben ontvangen, behelst deze afdeeling ten aanzien van meer uitleeners niet (4).

---

(1) Verg. DE PINTO, II, § 985, 2, bl. 471; 3e uitg. § 1045, 2, bl. 583. — (2) MALLEVILLE, IV, bl. 37; TROPLONG, n. 168; ZACHARIAE, II, § 393, bl. 39 en n. 6. — (3) MALLEVILLE, IV, bl. 36 en v.; *Conf. du C. C.*, VI, bl 219 en v.; DURANTON, XVII, n. 549; TROPLONG, n. 163 en v. — (4) DURANTON, XVII, n. 540.

VEERTIENDE TITEL.

Van verbruikleening.



§ 1.

Begrip van verbruikleening.

399. Verbruikleening is, volgens de bepaling van art. 1791 B. W., eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zekere hoeveelheid van verbruikbare zaken afgeeft, onder voorwaarde dat de laatstgemelde haar even zoo veel van gelijke soort en hoedanigheid teruggeve.

400. Van die partijen wordt de eene, die de zaak ter leen geeft, ook hier weder telkens in de wet uitleener genoemd; de ander wordt ook hier meestal aangeduid als degene, die de zaak ter leen ontvangen heeft, terwijl hij ook wel (in art. 1795, 1803 *b*, 1806 B. W.) de *schuldenaar* genoemd wordt. Tot nadere bepaling zou men hem ook *verbruikleener*, of wel eenvoudig *leener* kunnen noemen.

401. Ook hier spreekt de wet van eene overeenkomst (1), waarbij de een aan den ander afgeeft, even als wij dit ten aanzien van bruikleening hebben opgemerkt (2). Ook hier is de overeenkomst vóór die afgifte niet, gelijk naar het Romeinsche regt, krachteloos, maar geldig en verbindende, met dat gevolg, dat hij, die zich verbonden heeft om op de bedoelde wijze goederen uit te leenen, door de andere partij kan worden genoodzaakt om daaraan te voldoen of anders alle kosten, schaden en interessen te vergoeden. Maar verbruiklee-

(1) Verg. hierover TROPLONG, n. 193—195. — (2) Zie hierboven n. 342.

ning is er zonder die afgifte niet: de zaak blijft voor rekening van den uitleener, en er kan dan geen sprake zijn van eenige toepassing der bepalingen van dezen titel; ook deze obligatio re contrahitur (1).

402. Intusschen is ook hier slechts eene wezenlijke of veronderstelde overgave noodig; het is noodig, dat het geleende ten gevolge der overeenkomst in handen van den verbruikleener zij of blijve. Zoo deze ter zake van bewaargeving of uit anderen hoofde dat goed reeds onder zich had, wordt er geene wezenlijke afgifte vereischt; die, in verband met eene voorafgaande teruggave van hetgeen uit anderen hoofde werd bezeten, enkel als eene formaliteit zou kunnen beschouwd worden (2). Hetzelfde geldt, waar de een den ander eenige zaak ter hand stelt, om die te verkoopen, en den daarvoor ontvangen prijs bij wijze van verbruikleening te behouden; deze is dan tot stand gekomen door het ontvangen van den prijs krachtens lastgeving in verband met de overeenkomst, ten gevolge waarvan die prijs nu in de magt van den verbruikleener is. Ook behoeft de overgifte, waar die plaats heeft, niet juist tusschen de partijen zelve bewerkstelligd te worden, maar kan zij evenzeer geschieden door of aan anderen, die voor en namens haar ter leen geven, of aan wie voor hare rekening ter leen wordt gegeven (3).

403. In de bepaling van bruikleening, art. 1777 B. W., sprak de wet van eene afgifte ten gebruike; hier spreekt zij enkel van afgeven, zonder van de strekking daarvan te gewagen. Maar in geval van bruikleening moet ook dezelfde zaak worden teruggegeven; het was daarom noodig aan te wijzen, waartoe die afgifte met beding van latere teruggave dienen zal, en bruikleening bepaaldelijk van bewaargeving en andere handelingen te onderscheiden. Hier daarentegen, waar niet hetzelfde, maar iets anders van gelijke soort en hoedanigheid moet worden teruggegeven, waar dus de uitleener voor altijd afziet van de afgegevene voorwerpen, — hier is het geheel onverschillig, wat de leener met dat goed verkiest te doen of niet te doen, of hij ze verbruiken wil of stil laten rusten, en in het eerste geval, op welke wijze en tot wat doel hij ze wil verbruiken; dit heeft op de regten en verpligtingen der wederzijdsche partijen volstrekt geen invloed, en de wet behoefde zich dan ook om die reden daaromtrent volstrekt niet uit te laten.

404. Hierin bestaat namelijk het voorname onderscheid tusschen bruikleening en verbruikleening, dat, terwijl bij gene dezelfde voor-

(1) TROPLONG, n. 182 en v.; L. KNIPHORST, *De mutuo* (Utrecht 1837), bl. 3 en v. — (2) Verg. hierboven n. 343; POTHIER, *Traité du prêt de consomption*, n. 3; DURANTON, XVII, n. 559 en v.; TROPLONG, n. 185; KNIPHORST, bl. 4 en v. — (3) DURANTON, XVII, n. 557 en v.; POTHIER, n. 28. Verg. Drenthe 27 April 1850, *W.* 1256.

werpen moeten worden teruggegeven, die ter leen gegeven zijn, hier slechts even zoo veel, van gelijke soort (1) en hoedanigheid teruggegeven wordt. Door hetgeen hieromtrent tusschen partijen is overeengekomen kan bruikleening ook dan gemakkelijk van verbruikleening onderscheiden worden, wanneer zij zaken ten onderwerp heeft, die anders uit haren aard meer geschikt zijn om het onderwerp eener verbruikleening uit te maken, maar nu, gelijk men het noemt, ostentationis causa zijn geleend (2).

405. Voor het overige kan ook bij verbruikleening de leener wel dezelfde voorwerpen teruggeven, wanneer hij b. v. afziet van het gebruik daarvan, dat hij zich had voorgesteld, en nu het gemakkelijkst vindt, zijne schuld met dezelfde voorwerpen te voldoen (3). Maar de identiteit dier voorwerpen komt daarbij ook dan volstrekt niet in aanmerking; zij kunnen teruggegeven worden, omdat zij gelijk staan met andere van gelijke soort en hoedanigheid, gelijk zij dan ook in den regel daarvan bezwaarlijk kunnen worden onderscheiden.

406. Daardoor, dat van gelijke soort en hoedanigheid moet worden teruggegeven, onderscheidt zich voorts de bruikleening van andere handelingen. Wanneer er toch b. v. koren was geleend, met beding dat de uitleener geld daarvoor zou terugbekomen, of wel geld geleend, waarvoor hij koren terugontvangen moest, zou er koop en verkoop hebben plaats gehad. Wanneer er wijn was geleend met beding, dat daarvoor koren van eene gelijke waarde zou worden teruggegeven, zou dit geene verbruikleening, maar ruiling zijn (4).

407. De leener moet voorts, volgens art. 1791 B. W., ook even zoo veel teruggeven, als hij ter leen ontvangen heeft. Wij zullen hierop later terugkomen, maar merken hier al aanstonds aan, dat het niets ter zake doet, of de geleende zaken later in prijs zijn gestegen of gedaald. De verbruikleener, die niet de waarde dier zaken, maar gelijke zaken verschuldigd is, kan op dien grond niet volstaan met minder terug te geven, noch genoodzaakt worden meer te leveren; alleen door eene gelijke hoeveelheid terug te geven, geeft hij terug, wat hij ontvangen had (5).

408. De wet bepaalt voorts in art. 1791 B. W. niet, dat de afgifte om niet moet plaats hebben, gelijk art. 1777 B. W. dit ten aanzien der bruikleening voorschrijft. Maar deze zou anders ook, gelijk wij zagen, in eene andere overeenkomst ontaarden; wat het geval

---

(1) *Soort* is niet de *species*, maar het *genus*, waarvan PAULUS spreekt in l. 2 D. *de reb. cred.* — (2) POTHIER, n. 13; DURANTON, XVII, n. 554; KNIPHORST, bl. 11. — (3) Verg. DURANTON, XVII, n. 552. — (4) POTHIER, t. a. p.; DURANTON, XVII, n. 553; TROPLONG, n. 189; KNIPHORST, bl. 13 en v. — (5) POTHIER, n. 15; TROPLONG, n. 225.

niet is, wanneer de verbruikleening niet om niet plaats heeft. Verbruikleening heeft ook wel op zich zelve, en wanneer daaromtrent niets bedongen is, om niet plaats, omdat bij gebreke van beding niets daarvoor kan worden gevorderd, maar het tegendeel kan door partijen worden vastgesteld (1). Art. 1802 B. W. verklaart het dan ook uitdrukkelijk geoorloofd, voor leening van geld of andere verbruikbare zaken interessen te bedingen. En er zal wel geene reden bestaan om deze bepaling in dien zin beperkend op te vatten, dat alleen in geld eene belooning voor de terleengeving kan verschuldigd zijn.

409. Moge nu op die wijze eene grootere hoeveelheid worden teruggegeven, dan ontvangen was, dit kan echter geacht worden met de bepaling van art. 1791 B. W. niet te strijden, daar de eigenlijke teruggave van het geleende zich bepaalt tot de ontvangene hoeveelheid, en de daarbij bedongen interessen daarnevens verschuldigd zijn. In het Romeinsche regt konden deze dan ook niet actione mutui, maar moesten ze op grond der stipulatio gevorderd worden; eene onderscheiding, die bij ons natuurlijk niet meer te pas komt.

410. Wij hebben voorts gezien, dan in geval van bruikleening, ook volgens de bepaling van art. 1787 B. W., de tijd der teruggave altijd hetzij uitdrukkelijk, hetzij middellijk en door de omstandigheden bepaald is. De bepaling van art. 1791 B. W. laat zich daaromtrent volstrekt niet uit. Het blijkt dan ook uit art. 1796—1798 B. W., dat de tijd van teruggave wel bij de overeenkomst bepaald kan zijn, maar dat ook alle tijdsbepaling kan ontbreken, en dat zelfs kan worden overeengekomen, dat het geleende zal worden teruggegeven, wanneer de verbruikleener daartoe in staat zal zijn.

411. Degene, die ter leen ontvangt, wordt, volgens art. 1792 B. W., uit kracht der (2) verbruikleening, eigenaar van het geleende goed (3). De afgifte, zonder welke geen verbruikleening bestaat, is eene gelijke overgave, als ten aanzien der daarvoor vatbare voorwerpen noodig is tot eigendomsoverdragt; en die overgave heeft hier werkelijk dat gevolg, 'twelk zij in het geval van bruikleening niet heeft, omdat de overeenkomst, waarop de verbruikleening rust, als regtstitel van eigendomsovergang geldt en daarvoor in art. 1792 wordt erkend (4). De verbruikleener, die trouwens ook niet het geleende zelf terug behoeft te geven, verkrijgt alzoo daarover de volkomen

---

(1) DURANTON, XVII, n. 572; TROPLONG, n. 191 en v. — (2) *Dezer* verbruikleening, zegt de wet, zeker in navolging van art. 1893 C. N., hetwelk door de woorden „*ce prêt*" le prêt de consommation stelde tegenover le prêt à usage, met genen in denzelfden titel behandeld. — (3) POTHIER, n. 4, 8 en v.; TROPLONG, n. 186. — (4) Dat zij naar het Fransche regt niet dadelijk eigendomsoverdragt bewerkte, — TROPLONG, n. 184, — doet hiertegen niets af.

vrije beschikking, die hij dan ook moest hebben, zoo het doel, dat men zich bij verbruikleening pleegt voor te stellen, bereikt zou worden. Maar zoo komt dan ook, volgens art. 1792 B. W., indien het geleende, op welke wijze ook, vergaat, het verlies daarvan voor zijne rekening; eensdeels omdat hij de eigenaar is, anderendeels omdat hij, niet verpligt zijnde tot de afgifte van bepaalde zaken, ook niet door haar verlies van zijne verbindtenis ontslagen wordt (1).

412. Zal nu de verbruikleening werkelijk den eigendom overdragen en dus in alle opzigten geldig zijn, dan moet natuurlijk de uitleener eigenaar zijn van het geleende en bekwaam om te vervreemden (2); de regtstitel van eigendoms-overgang moet, ook volgens art. 639 B. W., afkomstig zijn van dengene, die geregtigd was over den eigendom te beschikken. Wanneer alzoo iemand, die onbekwaam is tot het aangaan van overeenkomsten, iets ter leen heeft gegeven, zoo is de eigendom daarvan niet overgedragen, en kan het geleende dus terstond door of voor hem worden teruggevorderd. Bovendien is de verbindtenis, welke evenwel facto is aangegaan, nietig, in dien zin, dat zijnerzijds de vernietiging daarvan gevorderd kan worden, waardoor dan de zaak wordt hersteld in den vroegeren toestand en de verbruikleener alzoo verpligt is het geleende terug te geven. Aan zijde van den onbekwame kan men eindelijk ook, zonder zich te beroepen op de nietigheid der verbindtenis, van de andere partij, welke van haren kant de nietigheid niet kan inroepen, de teruggave van eene gelijke hoeveelheid en soort vorderen, even alsof de verbruikleening volkomen geldig ware geweest (3).

413. Wanneer iemand eens anders zaak op zijn' eigen naam of wel op naam van dien ander, maar zonder diens magtiging of latere bekrachtiging, ter leen heeft gegeven, gaat de eigendom eveneens niet over op den leener, maar is deze toch bezitter geworden in den zin der wet, en kan als zoodanig zijn bezit als volkomen titel doen gelden tegen den eigenaar, zoo deze het goed van hem wilde terugvorderen. Hetzelfde geldt ten aanzien van derden, aan wie de leener het heeft overgedragen. Het gezegde lijdt slechts uitzondering, overeenkomstig art. 2014 *b* B. W., wanneer het goed den eigenaar ontstolen of door dezen verloren was. Tegen den leener, hetzij deze al of niet het goed nog onder zich heeft, kan de eigenaar even weinig optreden uit kracht der verbruikleening, waarbij hij geen partij was, en waardoor dus ook niemand aan hem verbonden werd. Hij heeft alleen regt van vordering tegen den onbevoegden uitleener, die

---

(1) TROPLONG, n. 266 en v. — (2) POTHIER, n. 4; DURANTON, XVII, n. 563; MALLEVILLE, IV, bl. 38; TROPLONG, n. 187 en v. — (3) Verg. DURANTON, XVII, n. 567 en v.; POTHIER, n. 7; TROPLONG, n. 202 en v.

als zoodanig door eene onregtmatige daad hem schade heeft veroorzaakt.

414. Die uitleener zelf kan echter in dat geval van den leener eene gelijke hoeveelheid van gelijke soort en hoedanigheid terugvorderen, alsof de verbruikleening geldig ware geweest. Ik grond dit niet op hetgeen gewoonlijk als grond hiervoor wordt aangevoerd, dat namelijk door de verbruiking zou zijn aangevuld, wat aan de geldigheid der verbruikleening ontbrak (1); voor zoodanige aanvulling toch zie ik in de wet volstrekt geen' grond. Maar mijns bedunkens vloeit de verpligting van den leener tot zoodanige teruggave, onverschillig of hij het geleende heeft verbruikt of niet, uit de overeenkomst voort, door hem met den uitleener aangegaan, die als zoodanig, in verband met de gevolgde overgave, tusschen partijen geldt als wet, en de eene jegens de andere verbonden doet zijn tot alles, wat de overeenkomst medebrengt, al kon ook de daarop gegronde verbruikleening den eigendom niet doen overgaan. De leener, die zich tegenover den uitleener verbonden heeft, kan even weinig, wanneer deze de teruggave vordert, aan hem tegenwerpen, dat hij geen eigenaar was, als de bewaarnemer of de bruikleener dit kan tegen zijne wederpartij.

415. Wanneer geleend is aan iemand, onbekwaam om overeenkomsten aan te gaan, dan is de handeling nietig, met dat gevolg, dat zij nietig kan worden verklaard overeenkomstig art. 1487 B. W., 'twelk dan tevens de gevolgen regelt en de mate, waarin van den onbekwamen leener kan worden teruggevorderd (2).

416. Wat de zaken betreft, welke een onderwerp van verbruikleening kunnen uitmaken, art. 1791 B. W. wijst dit aan door te spreken van verbruikbare zaken (3). Men heeft hierin art. 1892 C. N. nagevolgd, maar men heeft dat, mijns bedunkens, ten onregte gedaan. Het is welligt geschied bij wijze van tegenstelling met hetgeen omtrent bruikleening is bepaald; maar, behalve dat wij gezien hebben, dat ook deze slechts in zoo ver tot zaken beperkt is, die niet door het gebruik verloren gaan, dat zij alleen zaken ten onderwerp kan hebben, die niet verloren gaan door het gebruik, dat de bruikleener daarvan zal maken, — was er voor zoodanige bepaling, hoezeer ook daar overbodig, echter eenige aanleiding, omdat juist dezelfde zaak, die geleend is, moet worden teruggegeven. Bij ver-

---

(1) Verg. POTHIER, n. 5, 21; DURANTON, XVII, n. 565; VINNIUS, ad pr. Inst. *quibus modis re contr. obl.*, n. 6; PUCHTA, *Pand.*, § 304, bl. 443. — (2) POTHIER, n. 21. — (3) POTHIER, n. 22 en v.; DURANTON, XVII, n. 551 en v.; TROPLONG, n. 170—180; V. ASSEN, § 376, bl. 413. Verg. ASSER, § 832, die reden geeft voor de weglating van art. 1894 C. N., hetwelk ook TROPLONG, n. 178, niet bepaald wil hebben opgevat.

bruikleening, waar eene gelijke hoeveelheid en hoedanigheid moet worden teruggegeven, schijnt het geheel onverschillig, of de geleende voorwerpen zelve door het gebruik te niet gaan of niet. Buitendien, welke zaken gaan zoo zeer niet door het gebruik te niet, dat zij daarom geen onderwerp van verbruikleening zouden kunnen zijn? Er is aangemerkt, dat er verschillende wijzen zijn, waarop zaken door het gebruik te niet gaan (1); maar men mag, geloof ik, tevens niet uit het oog verliezen, dat het gebruik, 'twelk men van eene zaak wil maken, zoo verschillend wezen kan, dat dezelfde zaak door het eene gebruik al en door het andere niet zal te niet gaan.

417. Ik geloof, dat men in het onderscheid der voorwerpen ten onregte het hoofdonderscheid stelt tusschen bruikleening en verbruikleening (2), maar dat dit gezocht moet worden in de verschillende wijze van teruggave, waartoe de leener in het een of ander geval verpligt is. Deze verschillende wijze van teruggave zal wel ten gevolge hebben, dat eene zaak wel voor de eene, maar niet voor de andere handeling geschikt is; doch dit onderscheid is dan een gevolg van het eerste, het is dan geen hoofdonderscheid meer. Zoo zouden zaken, die te niet gaan door het gebruik, dat de bruikleener daarvan maken zal, geen onderwerp van bruikleening kunnen uitmaken, al miste men ook de bepaling van art. 1779 B. W., omdat de mogelijkheid van teruggave derzelfde zaak daardoor zou zijn uitgesloten, die echter bij bruikleening volgen moet. En zoo kan verbruikleening, wegens de teruggave, waartoe deze verpligt, alleen zoodanige zaken ten onderwerp hebben, waarvan even zoo veel van gelijke soort en hoedanigheid kan worden teruggegeven. De Romeinsche regtsgeleerden spreken dan ook van zaken, quae pondere, numero, mensura consistunt (3), die niet alleen bij het gewigt, het getal of de maat gegeven worden en ook alzoo kunnen werden teruggegeven, maar waarbij ook niet op de enkele voorwerpen zelve, maar slechts op getal, gewigt of maat van eene bepaalde soort en hoedanigheid gelet wordt. Bovendien zal hier soms veel van de bedoeling der partijen afhangen. Wij hebben gezien, dat verbruikbare zaken ter bruikleening kunnen gegeven worden om in natura te worden teruggegeven; dat ze bij het getal, het gewigt of de maat gerekend worden, belet dit niet; maar zoo schijnt het wezen der verbruikleening ook niet te beletten, dat zaken daarvan het onderwerp zijn, waarbij men anders meer op de voorwerpen zelve pleegt te letten, die ook juist niet door het gebruik te niet gaan, maar die toch worden gegeven,

---

(1) POTHIER, DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 174 en v.; V. ASSEN, t. a. p. — (2) Zoo LIPMAN, bl. 533. — (3) L. 2, § 3 D. *de rebus creditis* (XII, 1). Verg. hierboven III, n. 25 *a*.

opdat niet hetzelfde, maar geheel gelijke voorwerpen worden teruggegeven. De wetgever had daarom, naar het schijnt, beter gedaan met in art. 1791 B. W. te spreken van eene zekere hoeveelheid van zaken (1).

418. Uit het gezegde blijkt het onderscheid, dat er bestaat tusschen bruikleening en verbruikleening. In geval van gene moeten dezelfde voorwerpen, die uitgeleend zijn, ook teruggegeven worden; bij deze is dit niet het geval, maar wordt eene gelijke hoeveelheid van gelijke hoedanigheid en soort teruggegeven. Hieruit volgt, dat slechts zoodanige zaken het onderwerp eener verbruikleening zijn kunnen, die voor dergelijke teruggave vatbaar zijn, en dat het voor eene bruikleening noodig is, dat de zaken door het gebruik, 'twelk men bedoelde, niet te niet gaan. Door verbruikleening wordt de leener eigenaar van het geleende, terwijl bij bruikleening de eigenaar al het regt op het goed behoudt, dat hij had, en de bruikleener dat goed slechts kan gebruiken. Vanhier dan ook, dat het verlies der zaak, zonder de schuld van den bruikleener plaats hebbende, ten laste komt van den uitleener, maar dat in geval van verbruikleening dat verlies voor rekening van den leener komt, op welke wijze het goed ook zij vergaan (2).

419. Het komt mij voor, dat onze, of liever de Fransche wetgever in de rangschikking der artikelen van dezen titel niet gelukkig is geweest. Art. 1793 en 1794, onder de algemeene bepalingen geplaatst in d eerste afdeeling, hadden beter gevoegd in de derde, welke van de verpligtingen des leeners handelt, en wier voorschriften in die artikelen eene nadere bepaling en ontwikkeling vinden. En terwijl de vorige titel in de tweede afdeeling de verpligtingen regelt van den bruikleener, en daarna in de derde die van den uitleener, is in dezen titel juist de tegenovergestelde orde gevolgd; ofschoon hier vooral de verpligtingen van den uitleener niet op den voorgrond moesten gesteld worden, daar ze zich tot eene enkele van ondergeschikten aard bepalen. De meeste bepalingen toch der tweede afdeeling spreken inderdaad niet van verpligtingen des uitleeners, maar strekken slechts tot nadere regeling van die des leeners. Wij zullen uit dien hoofde de orde des wetgevers in dezen niet volgen.

§ 2.

Van de verpligtingen des leeners.

420. Door de verbruikleening ontstond voor den leener de ver-

---

(1) Zoo ZACHARIAE, II, § 394, bl. 39; verg. n. 9. Zie ook KNIPHORST, bl. 8 en v. Verg. TROPLONG, n. 183. — (2) DE PINTO, II, § 986, bl. 471 en v.; 3e uitg. § 1046, bl. 584; DURANTON, XVII, n. 484, 554 en v.

pligting tot teruggave aan den uitleener of diens erfgenamen, wier vervulling deze des noods in regten tegen hem kunnen vragen. Het zij genoeg hierbij op te merken, dat als uitleener beschouwd moet worden hij, die òf zelf en op eigen naam òf door een' ander, die namens hem handelde, de overeenkomst heeft aangegaan en de overgave gedaan (1).

421. Die verpligting tot teruggave gaat op zijne erfgenamen over, maar is ook tot hem en zijne erfgenamen beperkt. Op derden kan zij niet rusten, hoe die ook ten gevolge derzelfde verbruikleening bevoordeeld zijn. Al werd ook het geleende terstond weer aan een' ander uitgeleend, de uitleener heeft daarom enkel regt van vordering tegen dengene, die van hem geleend heeft, niet tegen den derde, die eigenlijk het genot er van heeft (2); hij kan tegen dezen noch uit kracht eener verbindtenis optreden, die tusschen hen niet bestaat, noch uit kracht van den eigendom, dien hij door de verbruikleening verloren heeft, en reeds verloren had, toen het goed aan den derde ter leen gegeven werd.

422. Die verpligting tot teruggave bestaat uit kracht der verbruikleening, al heeft de leener ook geen genot van het geleende kunnen hebben, b. v. doordien het hem terstond na de leening is ontstolen of anders verloren gegaan (3). Dat verlies komt voor rekening van den leener, die eigenaar van het geleende geworden is, hoe spoedig het ook op de leening gevolgd zij, zoo het maar na het tot stand komen der verbruikleening, d. i. na de overgave van het geleende aan den leener heeft plaats gehad; zoo toch vóór die overgave, maar na de overeenkomst van verbruikleening het goed verloren was gegaan, is wel de uitleener bevrijd van zijne verpligting, om aan die overeenkomst gevolg te geven, wanneer het bepaalde voorwerpen gold, maar het verlies komt ten laste van hem, niet van den leener, voor wien de verpligting nog niet was ontstaan, omdat de verbruikleening niet was tot stand gekomen (4).

423. Wij vinden hier, geheel anders dan in den vorigen titel, in geene bepaalde gevallen den leener aansprakelijk gesteld voor het verlies van het goed, noch hem de verpligting opgelegd tot vergoeding van kosten, schaden en interessen wegens vermindering daarvan. Van het laatste kan geen sprake zijn, daar de leener evenveel van gelijke hoedanigheid en soort moet teruggeven. Het eerste kwam niet te pas, daar de leener eigenaar is, de uitleener alle aanspraak op de uitgeleende voorwerpen zelve heeft verloren, en het verlies van het ter leen ontvangene in elk geval, volgens art. 1792 B. W., voor re-

---

(1) Verg. POTHIER, n. 30 en v. — (2) POTHIER, n. 29. — (3) POTHIER, n. 50. — (4) Verg. DURANTON, XVII, n. 556.

kening van den leener komt, terwijl de verpligting van dezen tot teruggave van individueel geheel onbepaalde zaken door een verlies van bepaalde voorwerpen niet kan ophouden (1). Er kan alzoo slechts sprake zijn van eene verpligting des leeners tot teruggave.

424. Wat de plaats betreft, waar de teruggave moet geschieden, de wet behelst daaromtrent geene bijzondere bepaling; ook niet, gelijk wij aanstonds zien zullen, in art. 1801 *b* B. W. Het algemeene voorschrift van art. 1429 B. W. moet dus ook hier gevolgd worden (2). Wanneer alzoo bij de overeenkomst eene plaats daarvoor is aangewezen, moet de teruggave daar geschieden, gelijk ook art. 1801 *a* B. W. te kennen geeft. Partijen zijn daarin geheel vrij, en kunnen daarvoor iedere plaats vaststellen, die zij verkiezen; de meerdere waarde, die de voorwerpen op de eene of andere plaats hebben en uit hunnen aard moeten hebben, heeft eensdeels geen' invloed op de verpligting tot teruggave eener gelijke hoeveelheid, maar beperkt anderendeels de vrijheid der partijen niet, al wordt daardoor inderdaad ook eene meerdere of mindere waarde teruggegeven dan ontvangen was. De bedenkingen, daartegen door POTHIER gemaakt (3), zijn onder onze wetgeving niet van kracht.

425. Wanneer bij de overeenkomst van geene plaats der teruggave gewag is gemaakt, kan de verdere bepaling van art. 1429 *a* B. W. hier geene toepassing vinden, omdat het hier geene zekere en bepaalde zaak geldt. De plaats, waar de leening is geschied, is als zoodanig de plaats niet, waar de teruggave moet geschieden. Zij is dit niet, volgens art. 1429 *a*, als plaats, waar de zaak zich tijdens het aangaan der verbindtenis bevond, omdat die zaak niet is het onderwerp der verbindtenis, daar niet zij zelve, maar eene gelijke hoeveelheid van gelijke hoedanigheid, dus eene onbepaalde zaak teruggegeven worden moet. Zij is dit ook niet, volgens art. 1801 *b* B. W. (4), hetwelk wel voor het daar bedoeld geval voor de bepaling der waarde van de geleende zaak terugwijst op de plaats, waar de leening is geschied, en de waarde, welke de zaak daar had, wil hebben teruggegeven, maar daardoor volstrekt niet beslist, dat die waarde, welke op de eene plaats zoo goed als op de andere kan worden voldaan, juist op die zelfde plaats moet worden teruggegeven, en nog minder die plaats voor de teruggave aanwijst, zoo als die in den regel, en buiten het in art. 1801 bedoeld geval moet plaats hebben;

---

(1) DURANTON, XVII, n. 555. — (2) TROPLONG, n. 276 en v., wil dit alleen toegepast hebben op leening op interessen; bij de vraag de jure constituto zal hiervoor echter kwalijk een eenigzins afdoende grond te vinden zijn. — (3) POTHIER, n. 45 en v. Verg. TROPLONG, n. 277 en v. — (4) Verg. SCHÜLLER, op art. 1801 B. W.

even weinig, als dat zij op den tijd der leening teruggegeven moet worden, waarvan daar eveneens gesproken wordt.

426. Bij gebreke van bepaling deswege in de overeenkomst moet alzoo art. 1429 *b* B. W. zijne toepassing vinden, en de teruggave geschieden ter woonplaatse van den schuldeischer, zoolang deze bij voortduring blijft wonen in de gemeente, waar hij ten tijde van het aangaan der verbindtenis woonachtig was, en anders ter woonplaats van den schuldenaar. Wij verwerpen daarbij alle onderscheiding tusschen leening van geld en leening van waren of andere voorwerpen (1), welke hier toch evenmin als bepaalde zaken beschouwd kunnen worden; zoodanige onderscheiding mist allen grond in de wet, en is mitsdien willekeurig. Moge nu al eene van beide partijen door de toepassing van art. 1429 *b* voor- of nadeel kunnen ondervinden, dit mag op die toepassing zelve geen invloed hebben. Men houde dan ook daarbij in het oog, dat hij, die dat nadeel lijdt, het zich zelven te wijten heeft, daar hij het had kunnen voorkomen, door bij de overeenkomst de plaats der teruggave te bepalen.

427. Wat den tijd betreft, waarop de teruggave geschieden moet en gevorderd worden kan, zoo komt, ook volgens art. 1800 B. W., ook hier weder in de eerste plaats in aanmerking de bij de overeenkomst bepaalde tijd. De leener mag de teruggave niet langer uitstellen, en de uitleener mag haar niet eerder vorderen, en kan, zoo hij het evenwel doet, met eene dilatoire exceptie worden afgewezen. Art. 1796 B. W. bepaalt, als eene verpligting van den uitleener, dat hij het verschuldigde (2) niet kan terugeischen voordat de tijd, bij de overeenkomst bepaald, verstreken is. Teregt is echter opgemerkt, dat dit minder juist als eene verpligting is voorgesteld, daar het veelmeer is een gemis van regt of bevoegdheid; dat bij bruikleening de uitleener zijne zaak zoolang bij den leener moet laten, maar dat bij in geval van verbruikleening slechts niet geregtigd is om het hem verschuldigde terug te vragen (3). Wij hebben hier dan ook slechts de toepassing op een bepaald geval van den algemeenen, in art. 1305 B. W. vastgestelden regel, dat, hetgeen op tijd verschuldigd is, niet kan geëischt worden vóórdat de vervaltijd verschenen is (4). En uit dien hoofde maken wij dan ook geen zwarigheid om de verdere bepaling van art. 1305 hier mede toe te passen, dat namelijk hetgeen vóór den bepaalden tijd betaald is, niet kan teruggevorderd worden (5), noch om, op grond ook van art. 1306 B. W., den leener het regt toe te kennen om vóór den bepaalden tijd te betalen, indien de

(1) Zie POTHIER, n. 43 en v.; DURANTON, XII, n. 98; XVII, n. 585 en v. — (2) Art. 1796 B. W. zegt: het ter leen gegevene; maar dit wordt niet teruggeëischt. — (3) DURANTON, XVII, n. 581, mijns bedunkens, niet wederlegd door TROPLONG, n. 253. — (4) MALLEVILLE, IV, bl. 41; POTHIER, n. 47. — (5) SCHÜLLER, op art. 1796 B. W.

tijdsbepaling in zijn belang is gemaakt (1), noch ook om, overeenkomstig art. 1307 B. W., aan te nemen, dat de leener zich niet meer op de tijdsbepaling beroepen kan, wanneer hij in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen verklaard is, of door zijn toedoen de door hem ten behoeve van den schuldeischer gestelde zekerheid is verminderd (2).

428. Men zou om die reden misschien de geheele bepaling van art. 1796 B. W. als overbodig kunnen beschouwen. Misschien echter mag men daaraan ook de bedoeling toekennen, om alle uitzonderingen, die men op grond van analogie mogt willen maken, — behalve de zoo even genoemde, welke op eene algemeene wetsbepaling gegrond zijn, waarvan hier niet is afgeweken, — uit te sluiten; met name ook de uitzondering voor het geval, dat de uitleener, om dringende en onverwachts opkomende redenen, het geleende zelf noodig heeft. In geval van bruikleening geeft art. 1788 B. W. dan, met afwijking van het gemeene regt, den regter de bevoegdheid om op verzoek van den uitleener den gebruiker te noodzaken het geleende aan den uitleener terug te geven. Voor het geval van verbruikleening geeft de wet zoodanige bevoegdheid niet; deze bestaat dus voor dat geval ook niet. In geval van bruikleening blijft de uitleener ook eigenaar, terwijl hij in geval van verbruikleening slechts schuldeischer is, maar met eene tijdsbepaling (3). In het eerste geval bekomt dan ook de uitleener het voorregt, om in plaats van den leener gebruik van zijne eigene zaak te maken; in het laatste heeft hij toch geene aanspraak op bepaalde voorwerpen, maar alleen op eene zekere hoeveelheid en hoedanigheid, die hij veelal zich wel van elders kan verschaffen.

429. Wanneer er geene tijdsbepaling gemaakt is, kan de teruggave ieder oogenblik gevorderd worden, zonder dat de uitleener in die vordering niet-ontvankelijk kan worden verklaard; maar kan tevens, volgens art. 1797 B. W., de regter, wanneer de uitleener de teruggave vordert, naar gelang der omstandigheden, aan dengene, die de zaak ter leen ontvangen heeft, eenig uitstel toestaan. Hierbij is aangemerkt, dat, wanneer de uitleener kort na de leening de teruggave vorderde, de leening zelve haar doel zou missen, en het voor den leener, die daardoor juist in ongelegenheid kon komen, veel beter zou geweest zijn, zoo hij niet had geleend (4). Het is echter niet alleen in zoodanig geval, dat art. 1797 zijne toepassing vinden kan; het luidt algemeen en geeft den regter dezelfde bevoegdheid,

---

(1) TROPLONG, n. 273. — (2) DURANTON, XVII, n. 582; TROPLONG, n. 259. — (3) DURANTON, XVII, n. 581. Verg. ook TROPLONG, t. a. p.; SCHÜLLER, op art. 1796 B. W. — (4) POTHIER, n. 48; MALLEVILLE, bl. IV, bl. 41; TROPLONG, n. 260.

al had de leener ook nog zoo lang het geleende te zijner beschikking gehad. Misschien heeft men vooral willen beletten, dat de uitleener niet juist het verschuldigde zou terugvorderen, wanneer hetgeen hem teruggegeven moet worden bijzonder hoog in prijs is, om zich alzoo ten koste van den leener te kunnen bevoordeelen. In allen gevalle kan de regter ten gevolge dier bepaling zorgen, dat de leener niet onbillijkerwijze in ongelegenheid worde gebragt, en is hem in dezen volkomen ruimte gelaten om ex bono et aequo te beslissen.

430. Wanneer de tijd van teruggave bepaald is, kan zoodanig uitstel door den regter niet verleend worden; de overeenkomst is dan ook in zoo ver voor partijen wet en kan door hem niet worden verbroken. DURANTON leert het tegendeel op grond der algemeene bepaling van art. 1244 *b* C. N. (1), 'twelk echter, gelijk wij vroeger gezien hebben (2), bij ons in art. 1426 B. W. niet is overgenomen, en dus ook hier niet kan strekken tot grond voor eene bevoegdheid, die door onzen wetgever nergens aan den regter is gegeven.

431. Indien men is overeengekomen, dat hij, die eene zaak of geldsom ter leen ontvangen heeft, haar zal teruggeven, wanneer hij daartoe in staat zal zijn, zal, volgens art. 1798 B. W., de regter, naar gelang der omstandigheden, den tijd der teruggave bepalen. De hier bedoelde overeenkomst verschilt zeer van die, waarbij bepaald wordt, dat de leener zal teruggeven, wanneer hij wil. Deze laatste zou, volgens art. 1292 B. W., nietig zijn; terwijl de eerste het niet is, omdat de vervulling niet enkel afhangt van den wil desgenen, die verbonden is, maar van zijn vermogen, en van de mogelijkheid voor den schuldenaar om terug te geven (3).

432. Men merke voorts op, dat, terwijl art. 1797 B. W. den regter eene bevoegdheid geeft, art. 1798 hem eene verpligting oplegt; de regter *zal* bepalen (4). Maar in het geval van art. 1797 is ook de tusschenkomst van den regter geen vereischte, en behoeft de tijd der teruggave in het algemeen door hem niet bepaald te worden, omdat de uitleener ieder oogenblik de teruggave vorderen kan. Geheel anders is dit in het geval van art. 1798. Hier heeft de uitleener die bevoegdheid niet, maar is deze afhankelijk van het bestaan van zekere omstandigheid, waaromtrent, zoo partijen deswege niet kunnen overeenkomen, de regter beslissen moet. De regter bepaalt alzoo den tijd, die nu verschenen moet zijn, zal de uitleener in zijn' eisch tot teruggave ontvankelijk wezen, maar na welken de leener

(1) DURANTON, XVII, n. 483. — (2) Verg. hierboven VI, n. 775. — (3) DE PINTO, II, § 989, bl. 472; 3e uitg. § 1049, bl. 585; SCHÜLLER, op art. 1798 B. W. — (4) Eene vroegere redactie had ook hier *kan*; men begreep echter, dat het artikel stellig moest spreken. VOORDUIN, V, bl. 379. Verg. DURANTON, XVII, n. 583; TROPLONG, n. 261.

dan ook geen verder uitstel meer vorderen kan, even alsof partijen zelve dien hadden bepaald.

433. De leener moet, volgens art. 1800 B. W., het geleende teruggeven in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid, of, gelijk art. 1791 B. W. zegt, even zoo veel van gelijke soort en hoedanigheid. Hierdoor is aangewezen de soort, de hoeveelheid en de deugdelijkheid van hetgeen teruggegeven moet worden (1). In een en ander opzigt moet worden teruggegeven, wat ter leen is gegeven; dan is het inderdaad, alsof de uitleener hetzelfde terugbekomt, wat hij heeft uitgeleend, en het is dus ook bij verbruikleening niet ongepast van het ter leen geven te spreken.

434. Indien de leener zich in de onmogelijkheid bevindt om aan die verpligting te voldoen, is hij, volgens art. 1801 B. W., gehouden de waarde van het geleende te betalen (2). Men zal hier in het algemeen niet juist aan eene volstrekte, maar ook aan eene betrekkelijke onmogelijkheid moeten denken, waardoor het, al is het op zich zelf nog mogelijk, toch den leener onmogelijk of hoog bezwaarlijk is om het verschuldigde terug te geven; ook dan bevindt hij zich in de onmogelijkheid (3). Welke de oorzaak dier onmogelijkheid zij, is geheel onverschillig, maar haar bestaan in elk geval voldoende, en dat bestaan zal door den leener, die er zich op beroept, en daarom de teruggave niet doet, zoo als hij dat moest, bewezen moeten worden, zoo de uitleener, dat bestaan ontkennende, op de verschuldigde teruggave aandringt. De leener toch kan niet dan onder bijzondere omstandigheden de waarde doen treden in de plaats der zaak, die hij verschuldigd is (4).

435. DURANTON is wel is waar van meening, dat de leener, die, uit welke oorzaak ook, het verschuldigde op den vereischten tijd niet teruggeeft, gehouden is de waarde te voldoen; terwijl hij vraagt, waartoe de leener anders zal veroordeeld worden, dan tot voldoening der waarde, daar de vergoeding van kosten, schaden en interessen zich noodwendig daartoe moet bepalen (5). Ik betwijfel echter de juistheid dezer bewering. Behalve toch dat ook in het algemeen bezwaarlijk als regel kan worden aangenomen, dat het voor den uitleener onverschillig is, of hij eene gelijke hoeveelheid der geleende voorwerpen van gelijke hoedanigheid terugbekomt, of wel zich met de waarde daarvan moet vergenoegen, kan, vooral in het geval van art. 1801 *b*, wanneer de geleende zaken na de leening in waarde zijn

---

(1) POTHIER, n. 39; TROPLONG, n. 225 en v. — (2) Dit art. is op eene verbruikleening van certificaten losrenten, welke inmiddels waren geconverteerd, toegepast, Z.-Holland 28 Maart 1849, *W.* 1020. — (3) TROPLONG, n. 284. — (4) TROPLONG, n. 285. — (5) DURANTON, XVII, n. 588.

gestegen, de voldoening der waarde in plaats van de verschuldigde teruggave voor den uitleener zeer nadeelig zijn. In dat geval kan de leener wel degelijk tot iets anders dan de waarde veroordeeld worden; en zoo meen ik als algemeenen regel te mogen aannemen, dat de uitleener zich niet met de waarde behoeft te vergenoegen, maar tevens vergoeding van kosten, schaden en interessen kan vorderen, zoo de leener blijft weigeren het verschuldigde terug te geven, zonder dat het blijkt, dat dit hem onmogelijk is. Aan den anderen kant zal het bestaan dier onmogelijkheid ten gevolge hebben, dat de leener met de voldoening der waarde, zonder vergoeding van kosten, schaden en interessen, kan volstaan, al wordt hem daardoor ook een belangrijk voordeel en den uitleener nadeel veroorzaakt.

436. Er moet voorts niet bepaaldelijk gedacht worden aan eene onmogelijkheid om van dezelfde zaken, waarvan men heeft geleend, terug te geven, maar de toepassing van art. 1801 B. W. moet worden uitgestrekt tot het geval, dat de leener niet van gelijke hoedanigheid kan teruggeven; met dien verstande echter, dat hij wel niet op dien grond met de voldoening der waarde zal kunnen volstaan, wanneer de uitleener genoegen neemt met eene mindere hoedanigheid, waarvan wel geleverd worden kan. Omgekeerd kan de uitleener de waarde niet vorderen, wanneer hem eene betere hoedanigheid wordt aangeboden.

437. Bij de voldoening der waarde moet, volgens art. 1801 *a* B. W., in aanmerking genomen worden de tijd en de plaats, waarop het goed ten gevolge der overeenkomst had moeten worden teruggegeven (1). Indien deze tijd en plaats niet bepaald zijn, moet, volgens art. 1801 *b*, de voldoening geschieden overeenkomstig de waarde, welke de geleende zaak gehad heeft ten tijde, waarop, en ter plaatse, waar de leening geschied is. Het Romeinsche regt (2) schrijft de voldoening voor van de waarde ten tijde der terugvordering; en werkelijk zou de uitleener daardoor meer in denzelfden toestand gebragt worden, waarin hij zijn zou, wanneer hij het verschuldigde zelf terugbekwam, of de leening niet had plaats gehad (3). Aan den anderen kant is echter het geleende van het oogenblik der leening af verschuldigd en vorderbaar. Daarenboven zou de uitleener, zoo onze wetgever het Romeinsche regt had gevolgd, zich ten koste des leeners een voordeel kunnen bezorgen, door juist dan terug te vorderen, wanneer de prijs der geleende zaken bijzonder hoog was, en zou de leener de waarde kunnen aanbieden op een' tijd, dat die prijs bijzonder laag

---

(1) TROPLONG, n. 287 en v. — (2) L. 22 D. *de rebus creditis* (XII, 1). Verg. TROPLONG, n. 290 en v. — (3) MALLEVILLE, IV, bl. 42 en v. Verg. POTHIER, n. 40; DURANTON, XVII, n. 589; OPZOOMER, III, bl. 214.

was; daar men, naar het schijnt, zoodanig aanbod met eene vordering aan zijde van den uitleener zal moeten gelijk stellen (1). Dit is door art. 1801 *b* belet; en zoo de uitleener nu welligt minder terugbekomt, dan wanneer hij het geleende in gelijke hoeveelheid en hoedanigheid had terugerlangd, hij ontvangt dan toch de waarde van hetgeen hij geleend heeft, en het is voor hem even alsof hij toen het geleende had verkocht, maar den prijs ter leen gegeven.

438. Art. 1801 *b* B. W. vindt zijne toepassing, even als het eerste lid, wanneer de leener in de onmogelijkheid is om van de geleende zaken gelijke hoeveelheid in gelijke hoedanigheid terug te geven, en wanneer dan de tijd en plaats der teruggave niet bij de overeenkomst bepaald zijn. Wanneer de regter, overeenkomstig art. 1797 en 1798 B. W., den tijd der teruggave heeft bepaald, komt die tijd evenwel niet in aanmerking voor de bepaling der waarde, maar moet ook dan de tijd der leening hierover beslissen.

439. Ten aanzien eener leening van geld zegt art. 1793 *a* B. W., in navolging van art. 1895 *a* C. N., dat de daaruit voortspruitende schuld alleen bestaat in de geldsom, die bij de overeenkomst is uitgedrukt (2). Het doet alzoo niets ter zake, in welke muntstukken die uitgedrukte geldsom werkelijk ter leen is gegeven; de leener moet diezelfde som teruggeven, maar heeft daarmede dan ook aan zijne verpligting voldaan, zonder dat hij juist evenveel van dezelfde muntstukken behoeft terug te geven, wat hij overeenkomstig de bepalingen van art. 1791 en 1800 B. W. zou moeten doen, zoo art. 1793 *a* niet besliste, dat het alleen op de geldsom aankomt, ten gevolge waarvan de uitleener evenveel en van gelijke hoedanigheid teruggeeft, zoo hij dezelfde geldsom teruggeeft (3).

440. Een gevolg daarvan is hetgeen art. 1793 *b* B. W. bepaalt. Indien er, vóór het tijdstip der voldoening, vermeerdering of vermindering van de waarde der geldspecie of verandering in de gangbaarheid plaats heeft, geschiedt de teruggave der geleende som in zoodanige specie, als ten tijde der voldoening gangbaar is, berekend naar hare gangbare waarde op dat tijdstip, d. i. naar de waarde, waarvoor zij op dat tijdstip gangbaar is (4). Wel zal de uitleener dien ten gevolge door de leening nadeel kunnen lijden, daar, zoo de waarde der geldspecie verhoogd was, die verhooging in zijn voordeel zou geweest zijn, wanneer hij niet had uitgeleend, en daar hij nu veelal wel in naam eene gelijke waarde in minder geldstukken terugbekomt, maar niet eene gelijke wezenlijke waarde, waarvoor hij evenveel

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 296. — (2) DURANTON, XVII, n. 591. — (3) POTHIER, n. 36. Verg. V. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 440 en v. — (4) VOORDUIN, V, bl. 374 en v.

voortbrengselen van anderen aard kan inruilen. Maar de geldsom, waarop het eeniglijk aankomt, zonder dat op de geldstukken wordt gelet, wordt voldaan in geldstukken, waarvan de betrekkelijke waarde door de wet wordt vastgesteld; en gelijk het bij de leening zelve slechts op de som en niet op de geldstukken aankwam, zoo is dit ook weer bij de teruggave het geval, en neemt de wet aan, dat evenveel is teruggegeven, wanneer dezelfde geldsom teruggegeven is, onverschillig of dit geschiedt in gelijke stukken van gelijke waarde, in geheel andere geldstukken of wel in meer of minder gelijke geldstukken, maar waarvan de wettelijke waarde is verminderd of vermeerderd (1).

441. De bepaling van art. 1793 *b* is algemeen, en geldt ook dan wanneer de leener, uit welken hoofde ook, het geleende geld ongebruikt heeft laten liggen, en dus in de gelegenheid is om dezelfde stukken terug te geven. Deze laatste omstandigheid brengt in zijne regten en verpligtingen geene verandering te weeg, en verandert de als zoodanig tot stand gebragte verbruikleening niet in eene bruikleening. Hij moet dus evenwel in andere geldstukken de teruggave doen, zoo die, welke hij ontvangen heeft, buiten koers zijn gesteld, en zoo hun waarde vermeerderd of verminderd is, moet hij in evenredigheid minder of meer geldstukken teruggeven (2).

442. En ofschoon hiervan niet met name wordt gesproken, geldt art. 1793 *b* ook dan, wanneer met behoud van geldstukken van gelijke gangbare waarde, gelijk de wet het uitdrukt, de gehalte der geldstukken, de innerlijke waarde, berekend naar de daarin aanwezige hoeveelheid metaal, verbeterd of verminderd is. Ook dan komt niet de gehalte in aanmerking, maar de koers, welke aan de geldstukken gegeven is (3).

443. De bij het vorige artikel vastgestelde regel wijkt voor een tegenovergesteld beding en is, volgens art. 1794 *a* B. W., van geene toepassing, indien, ten opzigte der leening van een zeker getal stukken van eene bepaalde munt, de partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen, dat hetzelfde getal en dezelfde soort van stukken zullen worden teruggegeven. In dit geval moet degene, die ter leen ontvangen heeft, het juiste getal stukken van denzelfden aard en niet meer of minder teruggeven. De C. N. behelst zoodanige bepaling niet (4). POTHIER ontkende zelfs de bevoegdheid der partijen om zulk een be-

---

(1) POTHIER, n. 36; MALLEVILLE, IV, bl. 39; *C. N. et Mot.*, bl. 224; DURANTON, XVII, n. 573 en v.; TROPLONG, n. 228—242; ZACHARIAE, II, § 394, bl. 40, n. 1; ASSER, § 883; DE PINTO, II, § 991, bl. 472 en v.; 3e uitg. 1051, bl. 585 en v. — (2) DURANTON, XVII, n. 573. — (3) VOORDUIN, V, bl. 374. — (4) DURANTON, XII, n. 93, en XVII, n. 577, neemt echter hetzelfde aan.

ding te maken (1); dit maakt echter op de publieke orde geene inbreuk, omdat het de regeling der wet niet verzwakt, maar slechts tusschen beide partijen eene bepaalde werking heeft. Onze wetgever heeft in dat geval voorzien (2) en de overeenkomst ook in dezen voor partijen doen gelden als wet. Of de geldstukken inmiddels in waarde zijn verhoogd of verlaagd of gelijk gebleven, doet niets ter zake; telkens moet hetzelfde getal stukken van dezelfde soort worden teruggegeven. De verbruikleening wordt daardoor geene bruikleening; — dezelfde geldstukken behoeven niet teruggegeven te worden; de leener is door de leening eigenaar geworden en het verlies komt voor zijne rekening; — maar de schuld, uit leening van geld voorspruitende, bestaat hier niet, volgens den regel van art. 1793 *a* B. W., alleen in de geldsom, die bij de overeenkomst is uitgedrukt; de leener moet hier letterlijk even zoo veel van gelijke soort en hoedanigheid teruggeven.

444. Indien dezelfde soort van stukken niet meer in voldoende hoeveelheid bestaat, moet, volgens art. 1794 *b* B. W., het ontbrekende worden vergoed met munt van hetzelfde metaal, zoo na mogelijk van dezelfde gehalte en tezamen inhoudende even veel metaal fijn als de ontbrekende hoeveelheid der verschuldigde stukken metaal fijn inhielden. Men achtte deze bepaling noodig voor het geval eener versmelting en buiten-koers-stelling der bedoelde muntstukken (3). Eenigzins vreemd schijnt echter voor dat geval de veronderstelling, dat dezelfde soort van stukken niet meer *in voldoende hoeveelheid* bestaat, wat zonder algemeene versmelting en buiten-koers-stelling wel niet ligt het geval zal zijn; terwijl met en ten gevolge van zoodanige handeling die geldstukken ophouden wettig betaalmiddel te zijn, en ook voor den uitleener een deel der waarde hebben verloren, zoodat hij daaraan zeker niet meer boven andere geldstukken de voorkeur geven zou. Misschien had men daarom hetzelfde liever moeten bepalen voor het geval, dat de geleende stukken buiten koers gesteld zijn; de uitleener heeft dan door de bepaling der wet nog zooveel genot van zijn beding als de omstandigheden toelaten. Nu doet naar het schijnt eene buiten-koers-stelling der geleende muntstukken niets ter zake, maar moet de leener evenwel met zoodanige stukken voldoen, en de uitleener deze aannemen, wanneer en zoover er nog van voorhanden is.

445. De bepaling van art. 1794 *b* B. W. moet hare toepassing vinden, wanneer er zeeuwsche rijksdaalders, achtentwintigen en dergelijke geheel afgeschafte geldstukken ter leen waren gegeven. De

(1) POTHIER, n. 37. Verg. TROPLONG, n. 240. — (2) ASSER, § 833; DE PINTO, II, § 991, bl. 473; 3e uitg. § 1051, bl. 586; LIPMAN, bl. 533. — (3) VOORDUIN, V, bl. 375 en v.

slechte staat, waarin zich deze meestal besnoeide geldstukken bevonden, zal daarbij, naar het mij voorkomt, in den regel niet in aanmerking komen en niet beletten, dat de teruggave moet plaats hebben, alsof zij volkomen gaaf waren geweest. Zij hadden toch, daar ze, niettegenstaande dien slechten toestand, een wettig betaalmiddel waren, als zoodanig voor den uitleener en den leener beide dezelfde waarde, alsof zij ongeschonden waren geweest; en wanneer nu slechts de innerlijke waarde, die de gesnoeide geldstukken aan metaal hadden, behoefde te worden teruggegeven, dan zou de leener door de, aan partijen geheel vreemde omstandigheid der buiten-koers-stelling ligt een aanzienlijk voordeel genieten ten koste van den uitleener, die daardoor een even aanzienlijk verlies zou lijden, zonder dat partijen verondersteld kunnen worden, zoo iets te hebben bedoeld; daar zij ook bij het in art. 1794 *a* bedoeld beding geacht moeten worden, de geleende geldstukken als zoodanig, en niet als hoeveelheden goud of zilver, te hebben beschouwd. Om het tegendeel te kunnen aannemen, zou het daarom, mijns bedunkens, noodig zijn, dat partijen bij de overeenkomst van eene andere bedoeling hebben doen blijken; en ik zou niet met DE PINTO durven aannemen, dat de leener, wanneer hij bewijst, dat en hoeveel de geleende stukken door snoeijing in wezenlijke waarde verminderd waren, daardoor kan volstaan met de teruggave van zooveel metaal fijn als die stukken werkelijk inhielden (1). Dat bewijs toch, door den leener slechts zijnerzijds geleverd, kan omtrent de bedoeling der partijen niets beslissen.

446. Wanneer vóór de invoering der nieuwe munten eene som in guldens was geleend, met het in art. 1794 *a* bedoeld beding, zal de vervanging der oude guldens door nieuwe van eenigzins ander voorkomen, mijns bedunkens, geene aanleiding geven tot toepassing van art. 1794 *b* B. W., tenzij ook hieromtrent bepaaldelijk van eene andere bedoeling van partijen mogt blijken. Die toepassing schijnt mij slechts dan plaats te moeten vinden, wanneer geldstukken van zekere wettelijke waarde zijn afgeschaft, zonder door andere van gelijke waarde te zijn vervangen. Het zal dus alleen de vraag wezen, of er guldens zijn; niet, of er nog juist zulke guldens zijn, als waarin de geleende som is uitgeteld. Het beginsel, in art. 1793 *a* B. W. als algemeene regel op den voorgrond gesteld, moet, niet alleen geheel, maar ook ten deele, zoolang gevolgd worden, als de blijkbare bedoeling van partijen dit niet belet (2).

447. Indien staven goud of zilver, of wel andere waren, zijn ter

---

(1) DE PINTO, II, § 991, bl. 474; 3e uitg. § 1051, bl. 587. Zoo ook VERNEDE, op art. 1794 B. W. — (2) Wij merken hierbij aan, dat art. 1793 en 1794 B. W. ook toepasselijk zijn in het geval van art. 157 W. v. K.

leen gegeven, moet, volgens art. 1795 B. W., de schuldenaar, d. i. de leener, hoezeer hun waarde ook moge vermeerderd of verminderd zijn, altijd eene gelijke hoeveelheid en hoedanigheid teruggeven, en is hij tot niets meer gehouden (1). Deze bepaling mag als overbodig beschouwd worden, daar hetzelfde voortvloeit uit art. 1791 en 1800 B. W., en daar, uit hetgeen art. 1793 ten aanzien eener leening van geld zegt, niet kan worden afgeleid, dat die bepalingen ook ten aanzien der in art. 1795 genoemde voorwerpen geene volledige toepassing konden vinden.

448. Het Fransche *denrées* (in art. 1897 C. N.) was in art. 1803 Wetb. van 1830 vertaald door *levensmiddelen*, ofschoon de onjuistheid daarvan reeds bij de beraadslaging was opgemerkt. Bij de herziening heeft men daarvoor gesteld: *waren*; omdat „gelijk het billijk is, behalve goud of zilver, ook tarwe, of rijst, of koffij, of wijn, of spek, of andere levensmiddelen (in dezelfde hoeveelheid en hoedanigheid) terug te geven, indien deze waren ter leen gegeven zijn, — het even billijk is koper, of tin, of ijzer, of marmer, of steenkolen, of hout of vlas, of wol, of andere waren, die geene levensmiddelen zijn, (in dezelfde hoeveelheid en hoedanigheid) terug te geven, indien deze ter leen gegeven zijn" (2). Dat dit eene verbetering is, schijnt niet twijfelachtig; hare belangrijkheid is echter, juist om de overbodigheid van het geheele artikel, niet groot te achten.

449. Wanneer de leener niet aan zijne verpligting voldoet op den tijd, waarop hij tot teruggave verpligt is, wanneer hij alzoo nalatig is, is hij tevens aansprakelijk voor kosten, schaden en interessen wegens het niet tijdig uitvoeren der verbindtenis, tot vergoeding dus van het verlies, 'twelk de uitleener daardoor heeft geleden, en van de winst, die hij heeft moeten derven. Dit volgt genoegzaam uit den eersten titel van dit boek, zoodat eene bepaling deswege te dezer plaatse, gelijk art. 1904 C. N. inhoudt, overbodig geacht mogt worden (3), die bovendien alleen voorziet in het geval, dat de tijd van teruggave vooraf bepaald is (4). Wanneer eene geldsom geleend was, bestaat die vergoeding, volgens art. 1286 B. W., in de bij de wet bepaalde interessen, te betalen sedert de nalatigheid. Zoo andere zaken geleend waren, moet die vergoeding naar de omstandigheden des noods door den regter bepaald worden. Wanneer de geleende voor-

---

(1) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 222; MALLEVILLE, IV, bl. 39 en v.; DURANTON, XVII, n. 576. — (2) VOORDUIN, V, bl. 377 en v. — (3) ASSER, § 934. — Art. 1904 C. N. gaf voorts nog aanleiding tot onzekerheid, of het ook moest worden toegepast bij leening van andere voorwerpen (DURANTON, XVII, n. 590; TROPLONG, n. 800 en v.), dan wel of het alleen zag op leening van geld (ZACHARIAE, II, § 395, bl. 40, n. 6). — (4) Verg. over het tegenovergesteld geval TROPLONG, n. 303 en v.

werpen gedurende den tijd, dat de leener in gebreke was, in prijs gedaald zijn, kan hij naar de omstandigheden veroordeeld worden tot vergoeding van het nadeel, dat de uitleener daardoor ondervindt. Wanneeer het geleende in dien tijd in prijs is gestegen, en de leener in dienzelfden tijd in de onmogelijkheid is gekomen, om even zoo veel van gelijke soort en hoedanigheid terug te geven, kan hij niet volstaan met overeenkomstig art. 1801, hetwelk in het geval van nalatigheid niet voorziet, de waarde terug te geven, berekend naar den tijd, waarop de teruggave had moeten geschieden, of naar den tijd, waarop de leening geschied is, maar moet hij vergoeden al het nadeel, dat de uitleener lijdt, doordien de teruggave niet tijdig is geschied (1). Hetzelfde geldt ook in het geval van art. 1793 *b* B. W., wanneer de uitleener door de nalatigheid des leeners een verlies lijdt, dat hij niet geleden, of eene winst derft, die hij gehad zou hebben, zoo de teruggave in tijds had plaats gehad (2).

§ 3.

Verpligtingen van den uitleener.

450. Door de verbruikleening worden voornamelijk slechts verpligtingen geboren voor den leener. Wel heeft onze wetgever aan die des uitleeners eene afzonderlijke afdeeling gewijd, welke nog wel het dubbel van het getal artikelen bevat, waarin de volgende afdeeling over de verpligtingen des leeners handelt; maar terwijl art. 1799 B. W. werkelijk den uitleener eene verpligting oplegt, is dit met art. 1796—1798 niet het geval. Wij hebben deze danook reeds behandeld, toen wij van de verpligtingen des leeners spraken, omdat zij strekken tot nadere bepaling van den tijd, waarop deze tot teruggave verpligt is en dus geheel zijne verpligtingen betreffen (3).

451. Art. 1799 B. W. verklaart de bepaling van art. 1790 op verbruikleening toepasselijk. Indien dus het ter leen gegevene zoodanige gebreken had, dat daardoor aan den gebruiker nadeel werd toegebragt, is de uitleener, zoo hij die gebreken gekend en daarvan aan den leener geene kennis gegeven heeft, voor de gevolgen verantwoordelijk. Het geval kan zich hier zoowel als bij bruikleening voordoen (4), en dezelfde ratio legis bestaat dan ook hier. De goede trouw vordert, dat de leener niet door het stilzwijgen van den uitleener benadeeld worde (5). Hetgeen wij omtrent art. 1790

---

(1) POTHIER, n. 41. — (2) DURANTON, XVII, n. 575. Anders TROPLONG, n. 302, op grond van art. 1904 C. N. — (3) Verg. *Conf. du C. C.*, VI, bl. 223; MALLEVILLE, IV, bl. 41; TROPLONG, n. 198, 244—247. — (4) VOORDUIN, V, bl. 379. — (5) POTHIER, n. 51; DURANTON, XVII, n. 578; TROPLONG, n. 248 en v.

B. W. gezegd hebben (1), geldt dus ook hier. De aansprakelijkheid bestaat ook hier voor alle soorten van gebreken, zoo deze den leener onbekend waren (2) en zich ook niet van zelf aan hem openbaarden.

452. Pothier spreekt ook van de verpligting des uitleeners tot vergoeding van alle door den leener geleden schaden, wanneer gene wist, dat het geleende hem niet toebehoorde, en derden het van dezen hebben opgevorderd (3). Het komt mij echter voor, dat van zoodanige verpligting hier geen sprake behoeft te zijn, omdat de leener, wiens bezit hem als volkomen titel geldt, daardoor, in den regel althans, tegen zoodanige vordering van derden gedekt is.

§ 4.

Van het ter leen geven op interessen.

453. Onze wetgever handelt in eene afzonderlijke afdeeling van den titel van verbruikleening over het ter leen geven op interessen, terwijl de C. N. zulks doet in een afzonderlijk derde hoofdstuk van den titel „du prêt," welks eerste hoofdstuk de bruikleening en welks tweede de verbruikleening ter onderwerp heeft. Ik geloof, dat men aan die wijze van verdeeling te veel gewigt hecht, wanneer men het onderwerp van dat derde hoofdstuk daardoor in zoo ver van dat van het tweede afgescheiden acht, dat art. 1905 C. N. zoowel tot bruikleening als tot verbruikleening betrekkelijk zou zijn, en dus daarin niet alleen verbruikbare, maar ook andere zaken zouden zijn bedoeld (4). Wanneer men toch in art. 1905 leest, dat interessen bedongen kunnen worden *pour simple prêt* enz., dan wordt men door deze uitdrukkig als van zelf gewezen op de verbruikleening, die in het opschrift van het tweede hoofdstuk genoemd wordt prêt de consommation, of *simple prêt;* waaruit, mijns inziens, duidelijk blijkt, dat de afscheiding meer in den vorm, dan in het wezen bestaat en tot geene bijzondere gevolgtrekkingen leiden moet. Dit neemt echter niet weg, dat de wijze van behandeling, hier door onzen wetgever gevolgd, de voorkeur verdient, omdat het verband van het geheel daardoor duidelijker in het oog valt.

454. De leening op interessen is bij ons geene afzonderlijke handeling, maar eene soort van verbruikleening, die óf met óf zonder beding van interessen plaats heeft. In de drie eerste afdeelingen van dezen titel wordt in het algemeen over verbruikleening gehandeld;

(1) Zie hierboven n. 397. — (2) Malleville, IV, bl. 40; Duranton, XVII, n. 580. — (3) Pothier, n. 51. — (4) Zoo de Regering bij Voorduin, V, bl. 380; Asser, § 835.

bare bepalingen zijn op beide soorten van leening toepasselijk en gelden mede voor het ter leen geven op interessen. De vierde afdeeling regelt dan ook blijkbaar dit onderwerp niet in zijn geheel, maar behelst slechts zoodanige bepalingen welke de wetgever noodig achtte nog in het bijzonder voor het ter leen geven op interessen te maken, ter regeling der gevolgen van deze bijkomende omstandigheid. Wij achten het noodig, dat dit wèl in het oog worde gehouden.

455. Aan het hoofd van deze afdeeling staat de bepaling van art. 1802 B. W., volgens welke het geoorloofd is, voor leening van geld of andere verbruikbare zaken, interessen te bedingen. Men heeft daardoor, in navolging van art. 1905 C. N., beslist, wat vroeger zeer bestreden was, toen het ter leen geven op interessen veelal als eene ongeoorloofde en verderfelijke handeling werd beschouwd (1), eene beschouwing, waarvan juistere begrippen en betere inzigten in de staathuishoudkunde het verkeerde en het schadelijke, ook voor hen, die men in bescherming dacht te nemen, voldoende hebben aangetoond (2). De leener heeft genot van het geleende en doet daarmede zijn voordeel, hij kan daarvoor interessen betalen. De uitleener mist het genot van het geleende, hij kan door dat genot geen voordeel genieten, maar ontvangt voor dit gemis de interessen. Beider belang is door het ter leen geven op interessen bevorderd.

456. Art. 1802 B. W. zegt, dat men interessen bedingen mag voor leening van geld of andere verbruikbare zaken, terwijl art. 1905 C. N. spreekt van „simple prêt, soit d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières.". Onze wetgever schijnt zich die verandering als eene belangrijke verbetering te hebben toegerekend (3) en ook andere schrijvers schijnen daaraan bijzonder gewigt te hebben gehecht (4). Wij hebben echter reeds opgemerkt, dat ook de Fransche wetgever, sprekende van simple prêt, waaronder alleen verbruikleening verstaan moet worden, natuurlijk ook enkel zoodanige ligchamelijke zaken bedoeld heeft, die het onderwerp eener verbruikleening kunnen uitmaken (5). Wanneer het nu verder waar is, dat, even als zaken, die door het gewoon gebruik te niet gaan, echter in bruikleening kunnen gegeven worden, zoo ook zaken, die men gebruiken kan zonder dat ze te niet gaan, het onderwerp eener verbruikleening zijn kunnen,

---

(1) Verg. POTHIER, n. 53 en v. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 204 en v.; MALLEVILLE, IV, bl. 43 en v.; DURANTON, XVII, n. 593 en v.; TROPLONG, n. 305 en v., en vooral n. 323 en v.; LIPMAN, bl. 533, en vooral P. W. VAN SONSBEECK, *De woeker in betrekking tot staathuishoudkunde en wetgeving* ('s Gravenhage 1849), bepaaldelijk het eerste gedeelte. — (3) VOORDUIN, V, bl. 380; ASSER, 835. — (4) DE PINTO, II, § 993, bl. 474; 3e uitg. § 1053, bl. 587; SCHÜLLER, op art. 1802 B. W. — (5) DURANTON, XVII, n. 597, noemt dan ook als voorbeeld slechts vingt mesures de blé.

dan is de in art. 1802 gebezigde uitdrukking even weinig als die van art. 1791 B. W. de meest gelukkige. Het is almede niet juist, te zeggen, dat het leenen van andere roerende zaken tegen interessen geene leening, maar eigenlijke huur zou zijn; deze bewering toch vervalt, zoodra men bedenkt, dat, wanneer men eene zekere hoeveelheid van zaken, hetzij dan met, hetzij zonder beding van interessen ter leen geeft, onder voorwaarde dat even zoo veel van gelijke soort en hoedanigheid zal worden teruggegeven, de handeling daardoor duidelijk genoeg onderscheiden is van huur (1), welke den huurder verpligt, om na afloop van den huurtijd de gehuurde zaak zelve terug te geven, die nooit het eigendom van den huurder is geworden, maar steeds dat van den verhuurder is gebleven. Men had, geloof ik, art. 1905 C. N. meer kunnen verbeteren door het te verkorten, en eenvoudig te zeggen: „het is geoorloofd bij verbruikleening interessen te bedingen." De vraag, voor welke voorwerpen men dit kan, zou dan evenzeer door art. 1791 als nu door art. 1802 beantwoord zijn (2).

457. Het is geoorloofd interessen te bedingen, zegt art. 1802 B. W. Er is dan ook een beding deswege noodig, zal de leener interessen schuldig zijn, en de uitleener die kunnen vorderen. Behoudens de interessen, die een gevolg zijn van nalatigheid in de betaling van het verschuldigde, waarmede wij natuurlijk hier niets te maken hebben (3), zijn interessen nimmer zonder beding en van regtswege uit kracht der verbruikleening verschuldigd, welke voorwerpen ook het onderwerp dier verbruikleening mogen uitmaken. De hoegrootheid der interessen behoeft niet te zijn bepaald; maar dat er interessen betaald zullen worden, moet bij de overeenkomst bepaald wezen (4).

458. Interessen zijn, volgens art. 1804 *a* B. W., òf wettelijke òf bij overeenkomst bedongen. Art. 1907 C. N., dat geheel met ons art. 1804 overeenkomt, zegt: „l'intérêt est légal ou conventionnel", en dit laatste woord is door onzen wetgever niet gelukkig overgebragt. Bij overeenkomst *bedongen* toch moeten, gelijk wij zoo even zagen, alle interessen, ook de wettelijke, wezen; ook deze zijn door den leener niet verschuldigd zonder beding. Men had dus moeten spreken van interessen bij overeenkomst *bepaald*, in tegenoverstelling van die, welke bij de wet bepaald zijn.

459. Art. 1804 *a* zegt verder: „de wettelijke interessen zijn bij

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 309. — (2) Daarom kon ZACHARIAE, II, 396, bl. 40, met regt zeggen: „il est permis — de stipuler des intérêts, quelles que soient les choses qui forment l'objet du prêt." — (3) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 227. — (4) ZACHARIAE, II, § 396, bl. 40, n. 7; DE PINTO, II, 3e uitg. § 1053, bl. 587.

de wet bepaald. De bij overeenkomst bedongene (bepaalde) interessen mogen de wettelijke te boven gaan, in alle de gevallen waarin de wet zulks niet verbiedt." Wij zien in dit een en ander de letterlijke vertaling van art. 1907 C. N., opgesteld met het oog op de gevolgen der zoogenaamde intermediaire wetgeving en met de bedoeling, om de vrijheid van partijen in het bepalen van de hoegrootheid der interessen niet onbeperkt te laten, maar tevens voor het oogenblik geene vaste voorschriften te geven; om het beginsel uit te drukken, dat de wetgever voor het bedrag der interessen perken stellen kan, maar tevens de vrijheid van partijen daardoor althans schijnbaar te eerbiedigen, dat ze slechts dan de wettelijke interessen niet mogen te boven gaan, wanneer de wet dit verbiedt (1).

460. De Fransche wetgever heeft de zaak verder geregeld bij eene Wet van 3 September 1807 (2), waarbij, met geheele afwijking van art. 1907 C. N., in art. 1 als vaste regel is aangenomen, dat de bij overeenkomst bepaalde interessen niet hooger mogen zijn dan in burgerlijke zaken vijf ten honderd en in handelszaken zes ten honderd, waarop in art. 2 de wettelijke interessen worden vastgesteld; terwijl, onverminderd de strafbepaling van art. 4, in art. 3 is voorgeschreven, dat, bijaldien bewezen is, dat hoogere interessen bij overeenkomst bedongen zijn, de leener zal worden veroordeeld om het te veel ontvangene terug te geven, of het op de hoofdsom te laten korten. En deze wet, bij Decreten van 8 November 1810 en 6 Januarij 1811 (3) ook hier te lande executoir verklaard, heeft tot aan de invoering der nieuwe wetgeving ook bij ons gegolden, zoodat partijen bij overeenkomst wel lagere interessen konden vaststellen dan de wet bepaalde, maar in geen geval hoogere konden bedingen.

461. Wij willen hier in geen onderzoek treden omtrent de vraag, of het wenschelijk is, dat de bevoegdheid der partijen om de hoegrootheid der interessen naar welgevallen vast te stellen, en naar de meerdere of mindere behoefte van den leener, de meerdere of mindere gemakkelijkheid, waarmede hij geld op interessen kan leenen, en de meerdere of mindere waarborgen, die de uitleener heeft voor het terugbekomen van het geleende of het gevaar dat hij loopt, om het te verliezen (4). Maar wij achten het vreemd, dat onze wetgever, nadat de Fransche Wet van 1807 eene reeks van jaren ook in ons land had gegolden, zich bij de vaststelling van art. 1804 B. W. een-

---

(1) Verg. voorts *Conf. du C. C.*, VI, bl. 225 en v.; *C. N. et Mot*, VI, bl. 204 en v., 213 en v., 226 en v.; MALLEVILLE, IV, bl. 45 en v.; TROPLONG, n. 344 en v.; ZACHARIAE, II, § 396, bl. 41. — (2) *Bulletin des lois*, n. 158; RONDONNEAU, *Collect.*, I, bl. 422; PORTUYN, *Verz.*, II, bl. 452. — (3) *Bullettin des lois*, n. 327 *bis*, 342; PORTUYN, I, bl. 13 en v., 69. — (4) Zie ook VOORDUIN, V, bl. 381 en v.

voudig bepaalde tot eene vertaling van art. 1907 C. N. Vooreerst toch waren de omstandigheden, waaronder ons B. W. werd ingevoerd, geheel andere dan die, waarin de Fransche wetgever zich tijdens de zamenstelling van den C. N. bevond, en was voor onzen wetgever zoodanige behoedzaamheid niet noodig, als gene voor zich noodig achtte. Ten anderen was er, naar het schijnt, nadat de Wet van 1807 zoo langen tijd onder zeer verschillende tijdsomstandigheden had gegolden, geene reden, om niet in het Wetboek zelf het bedrag der wettelijke interessen vast te stellen, maar bij voortduring alles afhankelijk te maken van eene andere wet, die nevens dat wetboek zou moeten bestaan. Ten derden werd op nieuw als regel gesteld de vrijheid van partijen, om, behalve in uitgezonderde gevallen, hoogere dan wettelijke interessen te bedingen, ofschoon uit de beraadslagingen, — immers uit het gezegde der Regering, waarin volkomen schijnt te zijn berust (1), — genoegzaam blijkt, dat men volstrekt voor alsnog niet dacht aan eene afwijking van het bij de Wet van 1807 aangenomen stelsel, dat echter met den gestelden regel geheel in strijd is, en welks intrekking men wel te eeniger tijd misschien mogelijk, maar in het algemeen zeer bedenkelijk achtte.

462. De wetgever heeft door die bepaling, naar het oordeel van sommigen, uitgewerkt, dat er een tijdlang in het geheel geene wettelijke bepaling omtrent de hoegrootheid der wettelijke interessen bestond, dat alzoo de hoegrootheid der wettelijke interessen niet was bepaald, en er dus inderdaad eigenlijk geene wettelijke waren. In allen gevalle bestond er verschil van gevoelen omtrent de voortdurende werking der Fransche Wet van 3 September 1807 onder onze nieuwe wetgeving, daar de een haar die werking bij voortduring toekende (2), de ander daarentegen haar door de invoering van het B. W. afgeschaft achtte (3). Later is zij uitdrukkelijk buiten werking ge-

(1) VOORDUIN, V, bl. 382. – (2) DE PINTO, II, § 996, bl. 475; DE MARTINI, SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1804 B. W.; LIPMAN, bl. 533; V. ASSEN, § 379, bl. 416; LOKE, *Handb.*, bl. 334; FORTUYN, II, bl. 452; DE BOSCH KEMPER, *W. v. Sv.*, I, bl. 173; C. J. SCHIMMELPENNINCK, *Quaest. Jur.* (Leiden 1847), bl. 5—12; *Vrag. v. Ned. R.* (Amst. 1849), bl. 62—69; E. D. C., in *R. B.*, IX, bl. 444—448; LÉON, *Regtspr.*, I, bl. 234, verg. II, bl. 436; *R. en W.*, II, bl. 43 en v., 319 en v., 413 en v.; V. HALL, in *N. R. B.*, III, bl. 101 en v., n. 1; J. A. MOLSTER, *Bep. v. wet en regt omtrent den geld- en fondsenhandel*, bl. 92; H. R. 9 Jan. 1844, V. D. H., *G. Z.*, IX, bl. 323—328; *W.* 556; *N. R.*, XVI, bl. 231; H. R. 14 Junij 1854, *W.* 1549; arr. Utrecht 6 Oct. 1851, *N. R. B.*, I, bl. 624 en v. – (3) Zie ons opstel in *Opm. en Med.*, III, bl. 295—305; verg. ald. bl. 80 en v., 88 en v.; voorts V. SONSBEECK, *De woeker*, bl. 110—127; DE PINTO, II, 3e uitg. § 1056, bl. 587 en v.; *Themis*, XI, bl. 156; *W.* 795, 801, 1015, 1553; *Rapport der Commissie van onderzoek aangaande de hier te lande vigerende wetten en verordeningen van Franschen en anderen oorsprong*, I, bl. 66, 72; N.-Holland 20 Jan. 1853, *N. R. B.*, III, bl. 97 en v., *W.* 1409.

steld in art. 1 der Wet van 22 December 1857 (Sb. n. 171). Desniettemin mogen hier de gronden worden herhaald, waarom wij haar ook reeds vóór dien tijd als afgeschaft beschouwden. Het laatste gevoelen dus voor het eenige ware houdende, zullen wij de gronden daarvan hier kortelijk mededeelen.

463. Naar onze meening was de zaak beslist, wanneer men lette op de bepaling van art. 1 der Wet van 16 Mei 1829 (Sb. n. 33), volgens welke „ te rekenen van den dag der invoering van het burgerlijk wetboek der Nederlanden, wordt afgeschaft en zal ophouden kracht van wet te hebben het wetboek van NAPOLEON met al de daartoe behoorende besluiten en verordeningen." Of deze bepaling op zich zelve wijs en goed is, of het gepast was, zoo in éénе bepaling verordeningen van den meest verschillenden inhoud af te schaffen, of de Wet van 1807 moest of mogt afgeschaft worden, zonder door gelijke of andere bepalingen te worden vervangen, dit alles kan geen invloed hebben op de vraag, die wij behandelen, en niet beletten, dat de Wet van 1807 uit kracht eener stellige wetsbepaling als afgeschaft beschouwd moest worden, als zijnde eene tot den C. N. behoorende verordening. Wanneer zij toch viel in de termen der Afschaffingswet, dan was dit niet slechts voldoende om haar als afgeschaft te beschouwen, maar sloot het die afschaffing bepaaldelijk in, zoo er, gelijk hier het geval was, geene andere wet bestond, waardoor zij is in stand gebleven. Men mogt dan niet meer vragen, of zij in zoodanig onafscheidelijk verband staat tot den C. N., dat zij met dezen moest staan en vallen. Dat nu de Wet van 1807 tot den C. N. behoort, komt mij voor, door de kracht van dat woord zelf genoegzaam te zijn beslist (1); en ik meen dan ook hierbij te mogen opmerken, dat zij, die het ontkennen, hunne meening plegen te verdedigen met een ander criterium van afschaffing op den voorgrond te stellen, in plaats van, of wel nevens dat, 'twelk de Wet van 1829 heeft vastgesteld. En dat de Wet van 1807 eene op zich zelve staande wet was; dat zij was eene wet van orde, gemaakt om den woeker te breidelen, dat zij kon worden vastgesteld onafhankelijk van de bestaande bepalingen ten aanzien van verbindtenissen in het algemeen, dat zij een onderwerp regelt, 'twelk, aan verandering onderhevig zijnde, in het Wetboek zelf bezwaarlijk kon worden behandeld; — deze en dergelijke bedenkingen beletten in het minst niet, dat zij behoorde tot den C. N.. als regelende een bepaald onderwerp, ten aanzien waarvan deze naar eene bijzondere wet verwijst, en strekkende tot

(1) Verg. hetgeen wij hieromtrent zeiden in *Opm. en Med.*, I, bl. 144, III, bl. 84 en v.

ontwikkeling, wijziging of afschaffing eener bepaling van den C. N. Het aangevoerde bewijst, onzes oordeels, genoegzaam, dat de Wet van 1807 als afgeschaft beschouwd moest worden. Zij was het dan in haar geheel; want ook art. 4, hetwelk, strafbepalingen behelzende, als zoodanig geacht zou kunnen worden met den C. N. niet te zijn afgeschaft, zoolang de Code Pénal nog in werking blijft, kon even weinig als art. 3 van kracht zijn, omdat het den grond miste, dien het eeniglijk vond in de bepaling van art. 1, en dus met deze moest staan en vallen (1).

464. Maar ook wanneer men aan de bepaling der Afschaffingswet eene andere beteekenis wilde geven, of liever wanneer men hare kracht wilde verzwakken, om daardoor aan deze of gene wet een voortdurend bestaan te kunnen toekennen, moest toch in elk geval art. 1 der Wet van 1807, en moesten daarmede ook art. 3 en 4 dier Wet, als afgeschaft beschouwd worden, volgens den regel: lex posterior derogat legi priori. De bepaling toch, waarbij in het algemeen verboden is, in burgerlijke zaken hoogere interessen dan vijf en in handelszaken hoogere dan zes ten honderd te bedingen, is niet vereenigbaar met de latere bepaling van art. 1804 B. W., volgens welke de bij overeenkomst bedongen interessen de wettelijke mogen te boven gaan in alle gevallen, waarin de wet zulks niet verbiedt; eene bepaling, die geene toepassing vinden kan, wanneer eene andere wet als algemeenen regel voorstelt het verbod, dat zij voorstelt als afwijking van den algemeenen regel. Tegen deze stilzwijgende afschaffing is wel aangevoerd, dat de uitstrekking der uitzondering tot alle gevallen, zij moge dan afkeurenswaardig zijn, den wetgever evenwel vrijstaat, gelijk dan ook de Wet van 1807 gevolgd is op het met ons art. 1804 gelijkluidend art. 1907 C. N. (2). Maar hierbij is uit het oog verloren, dat de Wet van 1807 voor den C. N. was eene latere wet, terwijl zij voor ons art. 1804 eene vroegere is (3); en dat de bevoegdheid van den wetgever, om bij eene latere wet van art. 1804 B. W. af te wijken, even als de Fransche wetgever dit bij eene latere wet deed ten aanzien van art. 1907 C. N., volstrekt niet kan dienen om te bewijzen, dat eene vroegere wet niet zou zijn afgeschaft door eene latere daarmede strijdige wetsbepaling. Des wetgevers bevoegdheid, om van die vroegere wet in ons B. W. af te wijken, zal toch wel even weinig twijfelachtig wezen.

465. Tegen hetgeen wij aanvoerden, zou men zich zeker in elk geval vruchteloos beroepen op de geschiedenis van art. 1804 en de

---

(1) *Opm. en Med.*, III, bl. 302 en v. Verg. v. SONSBEECK, bl. 120 en v. — (2) Verg. v. SONSBEECK, bl. 127. — (3) DE PINTO, in *Themis*, XI, bl. 156.

daarover gehouden beraadslagingen; deze kunnen we dienen om licht te verspreiden over eenige wetsbepaling, maar nimmer om haar hare kracht te ontnemen. Buitendien leveren die beraadslagingen ook geen afdoend argument tegen de afschaffing der wet op (1). Even weinig kon men een' grond daartegen vinden in de bepaling zelve van art. 1804 B. W., hetwelk spreekt van interessen, die bij de wet *zijn* bepaald, en van gevallen, waarin de wet zulks niet *verbiedt*. Ook art. 1907 C. N. spreekt van toutes les fois que la loi ne le *prohibe* pas, en had toch blijkbaar eene toekomstige wet op het oog. En wat het andere betreft, het is niets anders dan eene vertaling van het Fransche: l'intérêt légal *est* fixé; eene vertaling overigens, die welligt minder volkomen juist geacht mag worden en waarvoor men liever had mogen zeggen: de wet bepaalt de wettelijke interessen, of: de wettelijke interessen worden bij de wet bepaald; door welke uitdrukking over het tegenwoordige of toekomstige dier regeling even weinig als door de Fransche woorden iets zou zijn beslist (2). In allen gevalle kon uit de genoemde uitdrukkingen geen grond worden aangevoerd voor de voortdurende kracht eener wet, die geene kracht kon hebben, omdat zij door de Wet van 1829 was afgeschaft, en buitendien evenzeer afgeschaft zou zijn door hetzelfde art. 1804, waarin die uitdrukkingen voorkomen. Zeer zeker toch heffen deze den strijd niet op, die er tusschen dat artikel en de Wet van 1807 bestond.

466. Was de Wet van 1807 met de invoering der nieuwe wetgeving afgeschaft, dan bestond er toen aan den eenen kant geene wet, waarbij de wettelijke interessen zijn vastgesteld, en waren er dus eigenlijk geene wettelijke interessen, en hadden aan den anderen kant partijen de volle vrijheid om bij het bedingen van interessen de hoegrootheid daarvan naar welgevallen te bepalen. Dit laatste is gehandhaafd door de Wet van 22 December 1857 (Sb. n. 171), die deze vrijheid niet beperkt. Het bedrag der wettelijke interessen is daarbij in art 2, even als in de Wet van 1807, bepaald, in burgerlijke zaken op vijf, en in handelszaken op zes ten honderd in het jaar.

467. De hoegrootheid der bij overeenkomst bepaalde interessen moet, volgens art. 1804 *b* B. W., in geschrift worden bepaald. De wet spreekt wel van bij overeenkomst bedongen interessen, maar de vergelijking van het eerste lid toont duidelijk genoeg aan, dat daarmede bedoeld zijn de interessen, welke de wet tegenover de wettelijke stelt. De bepaling ziet voorts alleen op de hoegrootheid dier inte-

---

(1) Verg. *Opm. en Med.*, III, bl. 299 en v. — (2) Verg. *Opm. en Med.*, III, bl. 90.

ressen, niet op het beding van interessen zelf (1). Zij sluit alle andere bewijsmiddelen, buiten het bewijs door geschrifte, ten aanzien van de hoegrootheid der bedongen interessen uit, maar terwijl het omtrent het bedingen van interessen zelf niet spreekt, belet het ook niet, dat het bewijs daarvan door ieder ander bij de wet erkend middel worde geleverd. Bij de gelijkluidende bepaling van art. 1907 C. N. stelde men zich voor, daarin een' waarborg te vinden tegen misbruiken en schraapzucht aan zijde van den uitleener, maar erkende tevens uitdrukkelijk, dat, bij gebreke van zoodanige schriftelijke vaststelling, la stipulation sera réduite au taux de l'intérêt légal (2). En onze wetgever heeft in art. 1805 B. W. ten duidelijkste getoond, een beding van interessen te erkennen, zonder dat de hoegrootheid daarvan is bepaald, en spreekt ook daar in het algemeen van bedingen, zonder een schriftelijk bewijs daarvan te vorderen.

468. Bij gebreke der schriftelijke bepaling, in art. 1804 bedoeld, mist dus de uitleener niet alle interessen, maar hij heeft regt op de wettelijke, zoo er interessen bedongen zijn. Men schijnt bij art. 1907 C. N. bepaaldelijk op het oog gehad te hebben het geval, dat hoogere interessen bedongen waren; vandaar zeide TREILHARD, dat la stipulation sera *réduite*. Maar ook wanneer lagere interessen dan de wettelijke bedongen waren, moet zonder twijfel hetzelfde worden aangenomen. De bij overeenkomst vastgestelde hoegrootheid blijft buiten aanmerking, omdat zij niet in geschrifte is bepaald. De wet vordert die bepaling zoo stellig, dat men, mijns bedunkens, niet enkel kan aannemen, dat door haar voorschrift slechts het getuigenbewijs is uitgesloten (3), maar dat men, natuurlijk wanneer deswege geschil tusschen partijen bestaat, moet handelen, alsof de hoegrootheid der interessen niet bij overeenkomst was bepaald. Daar er echter interessen bedongen zijn, moeten nu noodwendig de wettelijke interessen geacht worden verschuldigd te zijn.

469. Dit volgt ook uit art. 1805 B. W., volgens hetwelk, indien de uitleener interessen bedongen heeft, zonder dat het beloop daarvan bepaald zij, de leener gehouden is het beloop der wettelijke interessen te voldoen. Het gebeurt meermalen, dat slechts interessen bedongen worden, zonder nadere aanduiding; in dat geval moet het beding der wettelijke interessen geacht worden in de bedoeling der partijen gelegen te hebben. Onze wetgever heeft mogelijken twijfel deswege opgeheven, terwijl de C. N. daarvan zweeg (4).

---

(1) Anders DURANTON, XVII, n. 598; DE PINTO, II, § 997, bl. 475; 3e uitg. § 1057, bl. 589. — (2) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 332. Verg. ZACHARIAE, II, § 396, bl. 41. — (3) Anders TROPLONG, n. 409. — (4) ASSER, § 837; DE PINTO, II, 997, bl. 475; 3e uitg. § 1057, bl. 589; LIPMAN, bl. 534.

470. Maar welk gevolg moest men dan nu aan zoodanig beding van interessen toekennen, toen er geene door de wet geregelde interessen waren? Men mogt voorzeker den uitleener op dien grond niet verstoken doen zijn van het genot van interessen, die toch door hem zijn bedongen. Men schijnt daarom in dat geval zich te moeten houden aan hetgeen gebruikelijk is ter plaatse, waar de leening is geschied, op grond eensdeels van art. 1375, anderendeels van art. 1382 B. W.; terwijl men tevens op grond van art. 1385 B. W. meest zal moeten overhellen naar de lagere interessen, die het gebruik medebrengt (1). De ruimte, welke op deze wijze aan 's regters oordeel wordt gelaten, hebben beide partijen zich zelven te wijten, doordien zij het bedrag der interessen niet zelve in geschrift hebben bepaald.

471. Wij hebben reeds gezien, dat in geen geval de leener, als zoodanig en zonder in gebreke te zijn, interessen verschuldigd is, zoo die niet zijn bedongen. Zelfs wanneer hij zonder zoodanig beding interessen heeft betaald, is hij daardoor niet verpligt die ook voor het vervolg te betalen. Art. 1803 *b* B. W. zegt dit uitdrukkelijk, terwijl de C. N. daarvan zweeg; men heeft nu allen twijfel opgeheven door eene bepaling, wier billijkheid onbetwistbaar is (2).

472. Intusschen kan, volgens art. 1803 *a* B. W., hij, die ter leen ontvangen en interessen voldaan heeft, welke niet bedongen waren, die betaalde interessen niet terugeischen, noch in mindering der hoofdsom doen strekken (3). Men kan die betaling beschouwen als eene vrijwillige voldoening eener natuurlijke verbindtenis, in den zin van art. 1395 *b* B. W. (4); de leener moet althans geacht worden uit erkentelijkheid te hebben betaald, ofschoon hij daartoe niet krachtens eenig beding verpligt was; terwijl die betaling van interessen voor den uitleener wel eens bezwarend zou kunnen worden, wanneer hij later tot teruggave van het ontvangene kon worden verpligt.

473. Hetzelfde gold ook volgens art. 1906 C. N. Onze wetgever voegde er eene beperking bij voor het geval, dat de onverschuldigd betaalde interessen de wettelijke te boven gaan, als wanneer, volgens art. 1803 *a* B. W., het te veel, d. i. het boven de wettelijke interessen (5) betaalde door den leener kan worden teruggeëischt, of in mindering der hoofdsom kan strekken (6). Maar dit schijnt dan

---

(1) Verg. *Opm. en Med.*, III, bl. 304 en v. — (2) ASSER, § 836. TROPLONG, n. 413, leidt uit de betaling van interessen een vermoeden af, dat ze mondeling bedongen zijn. Bij ons gaat zoodanig vermoeden niet op. — (3) Anders is het, waar bepaalde interessen bedongen, maar hoogere betaald zijn; Maastricht 21 Dec. 1854, *W*. 1637. — (4) DURANTON, XVII, n. 599; SCHÜLLER, op art. 1808 B. W. Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 226. — (5) SCHÜLLER, op art. 1803 B. W.; OPZOOMER, III, bl. 215. — (6) ASSER, § 836. Zie ook MALLEVILLE, IV, bl. 45.

ook het eenige geval te zijn, waarin de leener zoodanige aanspraak heeft; bij het stilzwijgen der wet zou ik althans zwarigheid maken om hem gelijke bevoegdheid toe te kennen op grond dat hij door dwaling onverschuldigde interessen heeft betaald (1). Men kan zich daartoe kwalijk op art. 1395 B. W. beroepen; veelmeer schijnt art. 1803 B. W. alle geschillen deswege te hebben willen afsnijden.

474. De uitleener, die bij vergissing of door verrassing van den leener minder interessen ontvangen heeft, dan volgens de overeenkomst verschuldigd waren, verliest daardoor niet alleen voor het vervolg zijn regt niet op de interessen, zoo als die bedongen zijn, maar kan ook de aanvulling van het te min ontvangene vorderen. Dit laatste was in art. 1814 Wetb. van 1830 anders beslist. Bij de herziening is men echter daarvan teruggekomen: men vond geene reden om den uitleener daardoor schade te doen lijden (2). Die bepaling is daarom weggelaten, en behoefde ook niet door eene andere vervangen te worden, om het regt van den uitleener te verzekeren.

475. Bedongen interessen zijn, volgens art. 1803 *b* B. W., verschuldigd tot aan de teruggave, of tot de, ter bevrijding van den leener daarmede gelijkstaande, op een aanbod van gereede betaling gevolgde consignatie der hoofdsom, zelfs indien de eene of andere na den vervaltijd mogt hebben plaats gehad. De leener, die na den vervaltijd de hoofdsom behoudt, kan dus de betaling der interessen niet weigeren op grond dat deze slechts tot aan dien vervaltijd zouden bedongen en dus voor het vervolg niet verschuldigd zijn. Hij kan ook op dien grond niet beweren, voor het vervolg slechts de wettelijke interessen verschuldigd te wezen, zoo er hoogere bedongen waren; hij blijft de bedongen interessen tot aan de voldoening der hoofdsom schuldig.

476. Met de voldoening der hoofdsom houden natuurlijk de interessen op te loopen. De reeds verschuldigde blijven echter verschuldigd, wanneer zij niet met de hoofdsom worden voldaan. Daar intusschen in den regel bij de voldoening der hoofdsom ook de interessen worden voldaan, en de schuldenaar ook, volgens art. 1433 B. W., de betaling, welke hij doet, zonder toestemming van den schuldeischer niet kan doen strekken tot aflossing der hoofdsom bij voorkeur van voldoening der interessen, is in art. 1806 B. W., in navolging van art. 1908 C. N., bepaald, dat het bewijs van de betaling (3) der hoofdsom, zonder voorbehoud van interessen gegeven zijnde, de voldoening der interessen doet veronderstellen en de schuldenaar daar-

(1) DURANTON, XVII, n. 600; ZACHARIAE, II, § 396, bl. 40. — (2) VOORDUIN, V, bl. 383. Verg. OPZOOMER, III, bl. 215 en v. — (3) „La quittance", zegt art. 1908 C. N. In art. 1813 Wetb. v. 1830 was dit vertaald door: „eene kwijtschelding voor de hoofdsom." VOORDUIN, V, bl. 382.

van wordt bevrijd (1). Dit gevolg verbindt de wet aan elk bewijs van betaling of liever van bevrijding van schuld (2); het kan alleen door een voorbehoud van interessen worden voorgekomen.

477. Het is een wettelijk vermoeden, hetwelk niet alleen den leener ontslaat van bepaald bewijs van het betalen der interessen, maar waartegen zelfs geen tegenbewijs is toegelaten; de wet toch, die den schuldenaar bevrijd verklaart, weigert daardoor den uitleener op grond van dat vermoeden eene regtsvordering; het valt alzoo in de termen van art. 1958 *b* B. W., behalve dat ook art. 1806 zelf zulks schijnt te beslissen. DURANTON, die het tegendeel beweert, spreekt ten onregte van een vermoeden van bevrijding, une simple présomption de libération (3). De wet spreekt anders; zij *veronderstelt de voldoening* en *verklaart* op grond dier veronderstelling den schuldenaar *bevrijd* (4).

---

(1) DURANTON, XVII, n. 604 en v.; SCHÜLLER, op art. 1806 B. W.; LIPMAN, bl. 534. — (2) Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 52. Het geldt ook bij gedeeltelijke betaling; Maastricht 13 Jan. 1855, *W.* 1637. — (3) DURANTON, XVII, n. 606. Anders ook TROPLONG, n. 414; ZACHARIAE, II, § 396, bl. 40, n. 9. — (4) DE PINTO, II, 3e uitg. § 1058, bl. 589 en v.

VIJFTIENDE TITEL.

Van gevestigde of altijddurende renten.



478. Onze wetgever behandelt de gevestigde of altijddurende renten (1), waarvan hier te lande weinig gebruik wordt gemaakt, in een afzonderlijken titel, geheel afgescheiden van de verbruikleening en met name van leening op interessen, met welk laatste onderwerp zij in den C. N. in hetzelfde hoofdstuk en in ééne doorloopende rij van artikelen behandeld werden. Deze vereeniging was ongepast, daar vestiging eener altijddurende rente, juist door het altijddurende daarvan en doordien de hoofdsom in den regel nimmer kan worden teruggevorderd (2), grootendeels verschilt van leening op interessen. Die vestiging is daarom eigenlijk geene leening, waarbij toch aan een tijdelijken afstand en aan verpligting tot teruggave pleegt gedacht te worden. Art. 1909 C. N. zegt dan ook, dat „dans ce cas le *prêt* prend le nom de *constitution de rente.*" Onze wetgever is dus teregt van zijnen voorganger afgeweken (3).

479. Art. 1807 B. W. geeft eene bepaling, die aan den C. N. ontbreekt. „Het vestigen eener altijddurende rente is eene overeenkomst, waarbij de uitleener interessen bedingt, tegen betaling eener hoofdsom, welke hij aanneemt niet terug te zullen vorderen" (4). Juister ware het misschien te zeggen: de vestiging eener altijddurende rente is eene, meestal op overeenkomst gegronde handeling, waardoor

(1) In art. 567, 2° B. W. worden *altijddurende* renten als eene soort van *gevestigde* renten voorgesteld, nevens de *lijf*renten. — (2) Verg. echter OPZOOMER, III, 217 en v. — (3) ASSER, § 838. Verg. DURANTON, XVII, n. 596. — (4) De gevestigde rente is, volgens art. 567, 2° B. W., eene roerende zaak. Verg. TROPLONG, n. 447.

iemand voor altijd verpligt wordt interessen te betalen aan een' ander, die buiten enkele bepaalde gevallen nimmer de hoofdsom vorderen kan.

480. Art. 1807 B. W. spreekt namelijk van den uitleener; zeker in navolging van art. 1909 C. N., terwijl de Fransche wetgever, wegens de behandeling van het onderwerp tegelijk met de leening op interessen, geacht mag worden bepaaldelijk het geval op het oog gehad te hebben, dat een geldschieter, met afstand van zijn regt van terugvordering, interessen bedingt van eene geldsom, die hij ter beschikking van den schuldenaar stelt. Onze wetgever heeft, blijkens de gegevene bepaling, niettegenstaande de afscheiding der vreemdsoortige onderwerpen, zich de vestiging der altijddurende rente op gelijke wijze voorgesteld. Deze kan echter ook op andere wijzen plaats hebben, hetzij om niet, hetzij onder een bezwarenden titel (1); en zij behoeft juist niet noodwendig bij overeenkomst te geschieden, waarbij de toekomstige schuldeischer en schuldenaar de partijen zijn; zij kan ook bij wijze van legaat plaats hebben, ten laste van een' erfgenaam of legataris en ten behoeve van een' derde, behoudens aller bevoegdheid tot aanneming of verwerping van het hun toegekende. In al die gevallen bestaat er eene gevestigde of altijddurende rente, waarop de bepalingen van dezen titel toepasselijk zijn; en men zal wel uit de schijnbaar beperkende uitdrukking van den wetgever niet met grond kunnen afleiden, dat, waar niet die bepaalde wijze van vestiging plaats had, ook geene gevestigde en altijddurende rente bestaat in den zin der wet.

481. De hoofdzaak toch bij de gevestigde renten is, dat er interessen betaald moeten worden, terwijl de hoofdsom zelve niet kan worden opgevorderd. Op welke wijze dit aldus tot stand gekomen is, doet aan de zaak zelve niet af. Het is daarom niet juist noodig, dat de uitleener zelf interessen bedingt en aanneemt de hoofdsom niet terug te vorderen. En waar de vestiging door zijn toedoen plaats heeft, en bij overeenkomst tusschen hem en zijnen schuldenaar geschiedt, is het evenwel voldoende, zoo een en ander uit de overeenkomst genoegzaam blijkt, zonder dat het juist uitdrukkelijk in bepaalde woorden behoeft te zijn gezegd (2).

482. De verpligting van den schuldenaar eener gevestigde rente bepaalt zich tot de voldoening der interessen; — onder welke benaming hier het jaarlijks verschuldigde wordt aangeduid, gelijk dit ook in art. 2012 *a* B. W., 'twelk spreekt van de interessen van altijddurende renten, door hetzelfde woord wordt uitgedrukt, terwijl art.

---

(1) DURANTON, XVII, n. 609. Verg. TROPLONG, n. 427. — (2) Verg. TROPLONG, n. 431; ZACHARIAE, II, § 398, bl. 43.

1809, 1° B. W. ook daarvoor het woord „renten" bezigt. Wanneer hij niets betaalt op de renten, gedurende twee achtereenvolgende jaren verschuldigd, kan hij, gelijk wij zien zullen, tot aflossing der hoofdsom genoodzaakt worden. Voor het overige zij slechts aangemerkt, dat, volgens art. 1288 *a* B. W., altijddurende renten interessen voortbrengen van af den dag, waarop de eisch gedaan of de overeenkomst gesloten is, en dat, volgens art. 2012 B. W., de interessen van altijddurende renten verjaren na verloop van vijf jaren.

483. Het altijddurende der rente bestaat daarin, dat de schuldeischer de hoofdsom niet kan terugvorderen, behalve in enkele bepaalde gevallen. De schuldenaar daarentegen kan zich van zijnen kant van de verbindtenis bevrijden door de aflossing dier hoofdsom, waartoe voor hem de bevoegdheid wel, overeenkomstig art. 1808 *b* B. W., kan worden beperkt, maar niet kan worden opgeheven (1). Men zal kwalijk kunnen zeggen, dat, wanneer deze bevoegdheid niet bestond, de schuldenaar en zijne erfgenamen onder eene slaafsche afhankelijkheid van den schuldeischer zouden geplaatst zijn (2); zij zouden toch enkel de interessen hebben te betalen, zonder dat de schuldeischer eenige magt over hen kon uitoefenen. Maar de schuldeischer wordt niet benadeeld, wanneer hem de hoofdsom wordt voldaan, waarvan hij de interessen ook op andere wijze kan genieten; en het was dus niet noodig, den schuldenaar tegen zijn' wil bij voortduring met eene schuld belast te doen blijven, en hem te beletten, zich door hare voldoening van zijne verbindtenis te ontheffen. De altijddurende rente is daarom, in art. 1808 *a* B. W., uit haren aard aflosbaar verklaard; hetgeen niet wil zeggen, dat de aard der rente op zich zelf die aflosbaarheid medebrengt en gebiedend vordert; maar dat zij zoo zeer eene voorwaarde is, waaronder de wet de vestiging eener altijddurende rente veroorlooft en erkent, dat zij wel eenigermate door partijen kan worden beperkt, maar een beding, waarbij de rente onaflosbaar werd verklaard, als strijdig met de wet, nietig zou zijn.

484. Partijen kunnen de bevoegdheid van den schuldenaar tot aflossing der rente niet anders beperken dan door hetgeen art. 1808 *b* B. W. zegt, dat zij deswege *alleenlijk* kunnen overeenkomen. Zij kunnen vooreerst vaststellen, dat de aflossing niet geschieden zal dan na verloop van een zekeren tijd, die niet langer dan tien jaren mag gesteld worden. Wanneer zij dien termijn langer stellen, is het beding in zoo verre nietig. Het is daardoor niet geheel nietig, met dat gevolg, dat de geheele beperking als niet geschied beschouwd moet worden, en dus de rente terstond aflosbaar is; maar zij is nietig,

---

(1) MALLEVILLE, IV, bl. 52 en v.; TROPLONG, n. 434 en v.; ASSER § 839. — (2) DE PINTO, II, § 1000, bl. 476; 3e uitg. § 1060, bl. 590; SCHÜLLER, op art. 1808 B. W.

wat den langeren tijd betreft, en de gestelde termijn wordt op tien jaren ingekort (1). Bij het stilzwijgen der wet, die tot het tegendeel geene aanleiding geeft, mag men zulks bij analogie afleiden uit hetgeen art. 1556 B. W. zegt omtrent den tijd, waarvoor het regt van wederinkoop kan worden bedongen, en uit hetgeen art. 1112 B. W. omtrent het vorderen van boedelscheiding bepaalt.

485. Ten anderen kunnen partijen bedingen, dat de aflossing niet geschieden zal, zonder dat de schuldenaar den schuldeischer vooraf er van verwittigd heeft (2) op een vooraf vastgestelden termijn, welke echter den tijd van een jaar niet mag te boven gaan. Dit laatste was in art. 1911 *b* C. N. niet bepaald, hetwelk alleen, ter beslissing van een vroeger bestaand verschil van gevoelen, toeliet, dat de aflossing van eene voorafgaande kennisgeving afhankelijk werd gesteld (3). Vandaar dat men den termijn in het eerste gedeelte van art. 1911 *b* (art. 1808 *b* B. W.) ook hier te pas bragt, en een beding geldig achtte, waarbij voor de aflossing werd gevorderd eene kennisgeving, tien jaren, maar niet langer, te voren gedaan (4). Wat hiervan zijn mag, zeker is het, dat bij ons de aflosbaarheid niet langer dan een jaar na de gedane opzegging kan worden uitgesloten. De reden, die men hiervoor heeft aangevoerd, dat namelijk het tijdstip der opzegging en dat der voldoening niet te verwijderd behooren te zijn, opdat de schuldenaar den vervaltijd niet uit het oog verlieze (5), schijnt van geen bijzonder groot gewigt te zijn, wanneer men bedenkt, dat het de schuldenaar zelf is, die de opzegging doet; dat het gevaar, 'twelk men meende te zien, van zijn' kant dus wel niet zeer groot kan zijn, en dat in allen gevalle de schuldeischer dan wel de voldoening van den schuldenaar zou kunnen vorderen, op grond der gedane opzegging, maar dat de rente juist niet zou hebben opgehouden aflosbaar te zijn, doordien de vervaltijd is overschreden. Van meer gewigt schijnt de aanmerking der Regering, dat, zonder bepaling van een termijn in de wet, partijen zouden kunnen overeenkomen, dat de renten niet aflosbaar (6) zouden zijn, dan b. v. twintig of dertig jaren na de opzegging, hetgeen strijdig zou wezen met het beginsel,

---

(1) DURANTON, XVII, n. 611; TROPLONG, n. 438 en v.; ZACHARIAE, II, § 398, bl. 43, n. 4. – (2) Art. 1808 *b* zegt eigenlijk: „zonder dat *zij* — vooraf verwittigd *hebben*"; dit is echter blijkbaar eene fout. Zie *Themis*, II, bl. 373; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1808 B. W.; OPZOOMER, III, bl. 220. — (3) MALLEVILLE, IV, bl. 53. — (4) DURANTON, XVII, n. 611. – (5) VOORDUIN, V, bl 384; ASSER, § 839; DE PINTO, II, § 1000, bl. 476; 3e uitg. § 1060, bl. 591; SCHÜLLER, op art. 1808 B. W. — (6) *Opeischbaar*, zeide de Regering, bij VOORDUIN, t. a. p.; dit is echter blijkbaar onjuist, daar van geene opeischbaarheid aan zijde van den schuldeischer, maar van aflosbaarheid aan zijde van den schuldenaar sprake is. Het is opmerkelijk, dat wij van gelijke verwarring nog meermalen de blijken zullen zien.

bij den aanhef van art. 1808 *b* aangenomen; — tenzij men, de leer van DURANTON aannemende, ook deze vrees overbodig mogt achten. In allen gevalle komt mij onze bepaling doelmatig voor. De tien jaren, waarvan de wet spreekt, loopen van de vestiging der rente af; de termijn, die na de opzegging verloopen moet, loopt in een vooraf geheel onbekenden, maar in elk geval lateren tijd, waarvan de omstandigheden niet bij de vestiging der rente kunnen worden vooruitgezien. Het was hierom wenschelijk, dat de aflosbaarheid, die men vaststelde, niet te lang bleef uitgesloten na den tijd, waarop de schuldenaar zijn' wil om af te lossen heeft te kennen gegeven; en voor den schuldeischer is de termijn van een jaar althans lang genoeg om voor eene geschikte plaatsing der afgeloste hoofdsom te zorgen.

486. Men schijnt uit art. 1808 B. W. te moeten afleiden, dat, wanneer partijen de aflosbaarheid door geen beding, of althans niet door het laatstgenoemd beding beperkt hebben, de rente zoodanig aflosbaar is, dat de schuldenaar niet eens noodzakelijk vooraf opzegging behoeft te doen, en de schuldeischer niet met regt kan weigeren de hem aangeboden hoofdsom aan te nemen, op grond dat zoodanige opzegging niet heeft plaats gehad. Of dit zoo behoorde te zijn, is eene andere vraag; — maar zeker is het, dat de wet den schuldenaar tot geene voorafgaande opzegging verpligt, noch de aflossing daarvan afhankelijk stelt, en dat de verpligting daartoe dus eeniglijk uit de overeenkomst van partijen of in het algemeen uit de vestiging der rente kan voortspruiten.

487. Art. 1808 B. W. noemt de rente uit haren aard *aflosbaar.* Art. 1816 Wetb. van 1830 noemde haar, in navolging van art. 1911 C. N., *afkoopbaar;* en dit gaf bij de beraadslaging aanleiding tot het uiten van den wensch, dat de wijze van afkoop meer ware ontwikkeld geworden, en tot de vraag, of, wanneer het gegeven kapitaal in de akte is uitgedrukt, de schuldenaar niet zou kunnen volstaan met dat kapitaal terug te geven. De Regering antwoordde hierop, dat men de gevestigde renten met grondrenten had verward; dat bij de eerstgenoemde geene bijzondere wijze van afkoop te pas kwam, vermits de rentschuldige in dat geval altijd de hoofdsom moet teruggeven, die hij, blijkens de akte, ontvangen heeft. Desniettemin bleef men, even als ten aanzien van grondrenten in art. 798 en v. B. W., van *afkoopbaar* en *afkoop* spreken, hetwelk eerst bij de latere herziening teregt in *aflosbaar* en *aflossing* is veranderd (1),

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 383 en v. Hetzij men al of niet wil aannemen, dat TROPLONG, n. 463, aan de uitdrukkingen *rachetable* en *rachat* te veel gewigt heeft gehecht, zeker is het, dat bij ons zoodanige redenering hare kracht heeft verloren.

welke uitdrukkingen als van zelve leiden tot hetgeen de Regering aanmerkte (1).

488. Wanneer het intusschen waar is, wat wij hierboven beweerden, dat eene altijddurende rente ook anders dan bij overeenkomst tusschen den schuldeischer en den schuldenaar kan gevestigd worden, met name ook bij eene uiterste wilsbeschikking, dan was de bij de beraadslaging gemaakte bedenking niet zoo geheel en al ongegrond, en is zij door de Regering niet voldoende opgelost; dan is inderdaad niet beslist, hoe de aflossing moet geregeld worden, wanneer er wel eene altijddurende rente is gevestigd, maar zonder dat daarvoor eene hoofdsom is betaald of opgegeven. De rente, die uit haren aard aflosbaar is, kan intusschen daardoor niet onaflosbaar zijn; en het komt mij voor, dat er in dit geval reden bestaat om het twintigvoudig bedrag der jaarlijksche interessen te nemen voor de hoofdsom, die afgelost moet worden. Behalve de zoo even vermelde bepaling van art. 43 *d* der Wet op de onteigening ten algemeenen nutte, pleit daarvoor vooral ook, hetgeen art. 799 *b* B. W. zegt omtrent den afkoop eener grondrente in geld, waarmede de altijddurende rente in dit opzigt voorzeker veel gelijkheid heeft.

489. De verpligting van den schuldenaar gaat bij zijn overlijden op zijne erfgenamen over, even als het regt van den schuldeischer. Daar het intusschen verschuldigde interessen en dus deelbare zaken geldt, zonder dat de wet van eene hoofdelijke verbindtenis spreekt, is aan de eene zijde ieder slechts voor zijn aandeel geregtigd, aan den anderen kant ieder slechts voor zijn aandeel tot de voldoening dier interessen verpligt (2). Ook voor hen blijft de rente aflosbaar, onverminderd de bedingen, die overeenkomstig art. 1808 *b* B. W. gemaakt mogten zijn. En zoo kan ook ieder erfgenaam zijn aandeel in de interessen aflossen door voldoening van een evenredig aandeel in de hoofdsom, die evenzeer eene deelbare zaak is, en door den overgang der regten en verpligtingen van den schuldenaar op zijne erfgenamen, als het ware in zoo vele hoofdsommen en zoo vele afzonderlijke renten is opgelost (3). Een beroep op hetgeen art. 1565 B. W. bepaalt ten aanzien van het regt van wederinkoop kan hier van geene kracht zijn, omdat de gevestigde rente op zich zelve niet is de prijs eener verkochte zaak.

---

(1) In art. 43 *d* der Wet op de onteigening ten algemeenen nutte v. 28 Augustus 1851 (Sb. n. 125) is echter bepaald, dat, wanneer op het erf, dat onteigend moet worden, hypotheek tot zekerheid van altijddurende renten is gesteld, het twintigvoudig bedrag der jaarlijksche rente daarvoor uit de schadeloosstelling wordt voldaan. — (2) TROPLONG, n. 448. — (3) DURANTON, XVII, n. 613; ZACHARIAE, II, § 398, bl. 43 en n. 5. Anders TROPLONG, n. 463; verg. n. 466.

490. De schuldenaar eener altijddurende rente kan, gelijk wij zagen, in den regel niet door den schuldeischer tot de aflossing genoodzaakt worden. Anders is het in drie gevallen, opgenoemd in art. 1809 B. W., die zoovele uitzonderingen op den regel uitmaken. Die uitzonderingen zijn dan ook tot de genoemde gevallen beperkt; men mag ze niet met andere vermeerderen. Zoo geeft ook een aanbod der hoofdsom door den schuldenaar, maar dat niet door den schuldeischer is aangenomen of door consignatie gevolgd, geen regt om hem daarna tot aflossing te noodzaken (1). Wat wij vroeger gezegd hebben omtrent het regt van den schuldeischer, om na eene door den schuldenaar gedane opzegging de voldoening te vorderen, strijdt daarmede in geenen deele. Het is dan de schuldenaar geweest, die door zijne opzegging de rente heeft losgemaakt. Aan den anderen kant wordt ook de toepassing van art. 1302 B. W. daardoor niet uitgesloten (2).

491. In de eerste plaats kan de schuldenaar tot de aflossing genoodzaakt worden, indien hij niets betaald heeft op de gedurende twee achtereenvolgende jaren verschuldigde renten; art. 1809, 1° B. W. Art. 1912 C. N. zegt: s'il cesse de remplir ses obligations pendant deux années, en gaf door deze minder bepaalde uitdrukking aanleiding tot de vraag, of die twee jaren gerekend moeten worden van de laatste betaling, of wel van den dag, waarop die laatste betaling had moeten geschieden (3); eene vraag, die trouwens in gelijken zin beantwoord werd, als waarin zij door onzen wetgever is beslist. Deze heeft tevens uitdrukkelijk van twee achtereenvolgende jaren gesproken (4). De aflossing kan dus gevorderd worden, zoodra de schuldenaar twee jaren interessen schuldig is en den vervaltijd ook van het tweede jaar zonder betaling heeft laten verloopen.

492. Dit is alles wat de wet vordert. Zij spreekt van geene in-gebreke-stelling; en men mag hieruit afleiden, dat het regt van den schuldeischer daarvan geheel onafhankelijk is; vooral ook omdat dit punt bij de beraadslagingen wel degelijk ter sprake is gekomen, zonder dat evenwel de wet eene in-gebreke-stelling heeft gevorderd. Men sprak bij die gelegenheid ook van eene onder het Fransche regt gemaakte onderscheiding, of de jaarlijksche interessen door den renteschuldige bij den schuldeischer betaald moeten worden, dan of deze ze van den renteschuldige halen moet (5); de wet maakt echter tusschen beide geen onderscheid en vordert de in-gebreke-stelling in het

---

(1) DURANTON, XVII, n. 624. — (2) Verg. TROPLONG, n. 471 en v. — (3) DURANTON, XVII, n. 617. Verg. TROPLONG, n. 483; ZACHARIAE, II, § 398, bl. 43 en n. 6. Zie ook de beraadslagingen bij VOORDUIN, V, bl. 385 en v. — (4) Verg. DURANTON, XVII, n. 618; TROPLONG, n. 484. — (5) VOORDUIN, V, bl. 386 en v. Verg. DURANTON, XVII, n. 619 en v.; TROPLONG, n. 449.

eene zoo min als in het andere geval. Intusschen behoeft de schuldenaar, zoo de interessen aan zijne woonplaats voldaan moeten worden, den schuldeischer niet op te zoeken; zijne niet-betaling kan dus ook voor hem geene nadeelige gevolgen hebben, wanneer zij het gevolg daarvan is, dat de schuldeischer noch zelf, noch door een' ander zich tot het ontvangen der interessen bij hem heeft vervoegd. De schuldeischer, die de aflossing vordert, zal dus in dat geval moeten bewijzen, dat hij den schuldenaar tot betaling overeenkomstig zijne verpligting in de gelegenheid heeft gesteld, wat echter geheel iets anders is dan eene in-gebreke-stelling (1).

493. In het algemeen kan men aannemen, dat niet-betaling de rente niet opeischbaar maakt, zoo dikwijls zij, op welke wijze dan ook, door den schuldeischer zelven veroorzaakt is (2). Voor het overige doet zij het, onverschillig, op welke wijze de rente gevestigd zij (3). De wet onderscheidt niet, en al had men bij de vaststelling der wetsbepaling ook de vestiging door leening op het oog, zoo kan dit geen regt geven om, hetgeen de wet in het algemeen bepaalt, tot een enkel geval te beperken. Zij doet het ook ten aanzien der erfgenamen van den schuldenaar, maar voor ieders aandeel, zoodat wel een evenredig aandeel der hoofdsom van den erfgenaam teruggevorderd worden kan, die gedurende twee achtereenvolgende jaren niet heeft betaald, maar andere erfgenamen, die voor hun aandeel de interessen betaald hebben, hunnerzijds tot geene aflossing verpligt zijn, omdat hun medeërfgenaam niet aan zijne verpligting heeft voldaan (4).

494. Onder het Fransche regt werd verschillend gedacht over de vraag, of art. 1912 C. N. ook gold voor vroeger gevestigde renten (5). Het Ontwerp van 1820 besliste in art. 2523 *b* uitdrukkelijk, dat de bepaling van het eerste lid toepasselijk is zoowel op renten, welke vóór de invoering van het Wetboek zijn gevestigd, als op die, welke naderhand gevestigd worden. Gelijke bepaling behelsde ook art. 1818 Wetb. van 1830, dat echter bij de latere herziening werd weggelaten, op grond, gelijk de memorie van toelichting zeide, dat vroeger geslotene overeenkomsten niet door eene latere wetgeving behooren geregeerd te worden, en alzoo de aflosbaarheid of niet-aflosbaarheid (beter: opeischbaarheid of niet-opeischbaarheid, want daarvan is hier

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 474 en v.; ZACHARIAE, II, § 398, bl. 43 en v. en n. 7 en 1. — (2) DURANTON, XVII, n. 625; TROPLONG, n. 478. — (3) DURANTON, XVII, n. 622; ZACHARIAE, II, § 398, bl. 43, n. 3. Anders TROPLONG, n. 485, art. 2524 Ontw. v. 1820. — (4) DURANTON, XVII, n. 621; ZACHARIAE, II, § 398, bl. 44. — (5) DURANTON, XVII, n. 615, antwoordt ontkennend. Anders TROPLONG, n. 485. Verg. ZACHARIAE, II, § 398, bl. 43 en v., n. 8; mr. G. DE WAL, *Over den invloed van Wetboeken in de taal des lands*, enz. (Gron. 1820), bl. 142 en v.

sprake) der gevestigde renten moet worden beoordeeld naar de wetten, die op het sluiten des kontrakts in werking zijn geweest (1). Dit is dan ook in overeenstemming met art. 3 der Wet op den overgang, terwijl uit art. 4 dier Wet kan worden afgeleid, dat hetzelfde geldt ten aanzien van zoodanige renten, die gevestigd zijn bij een uitersten wil, welke vóór de invoering der nieuwe wetgeving uitvoering heeft erlangd.

Asser geeft eene andere reden op voor de weglating van art. 1818 Wetb. van 1830, dat het namelijk als transitoir werd beschouwd, en men de beslissing der vraag, indien zij zich mogt voordoen, aan den regter wilde overlaten (2). Wat hiervan zij, zeker is, wat diezelfde schrijver tevens aanmerkt, dat naar gezonde beginselen alle overeenkomsten vervallen (of liever ontbonden kunnen worden), wanneer eene der partijen in gebreke blijft daaraan van hare zijde te voldoen. En al wil men nu ook niet aannemen, wat asser daaruit afleidt, dat namelijk de bepaling van art. 1809, 1° B. W. niet zoozeer strekt om den regel der aflosbaarheid (opeischbaarheid) van de rente te stellen, als wel om ten aanzien harer niet-voldoening het tijdstip te bepalen, na hetwelk de regtsvordering tot aflossing ontvankelijk zal wezen, — eene stelling, die gegrond schijnt te zijn in een gebrek aan genoegzame onderscheiding tusschen den eisch tot ontbinding der overeenkomst en dien tot aflossing der rente — in allen gevalle zal de overeenkomst, zoo de rente op die wijze gevestigd is, wegens wanbetaling ontbonden kunnen worden, ook wanneer zij vóór deze wetgeving is aangegaan; doch dan vindt ook niet art. 1809, 1°, maar art. 1302 en v. B. W. zijne toepassing (3).

495. Deze bepalingen gelden niet in het geval van art. 1809, 1° B. W., en zoo heeft dan ook de regter geene bevoegdheid om aan den schuldenaar, op zijn verzoek, een' termijn te verleenen om nog aan zijne verpligting te voldoen (4). Onze wetgever heeft echter in art. 1810 B. W. de billijke bepaling gemaakt, die aan den C. N. ontbreekt (5), dat de schuldenaar zich nog van de verpligting tot aflossing kan ontheffen, indien hij binnen twintig dagen, te rekenen van de geregtelijke aanmaning, al de verschenen termijnen betaalt. De wet spreekt van de aanmaning, terwijl art. 1820 Wetb. van 1830 sprak van de regtsvordering. De reden dier verandering blijkt

---

(1) Voorduin, V, bl. 388 en v.; de pinto, II, § 1001, bl. 477; 3e uitg. § 1061, bl. 591; vernede, op art. 1809 B. W. Verg. Maastricht 9 Oct. 1851, *N. R. B.*, II, bl. 494 en v., en vooral de conclusie van den off v. just. aldaar, t. a. p, bl. 490 en v. — (2) Asser, § 840. — (3) Zie ook de zoo even aangehaalde concl. v. d. offi. v. just. te Maastricht, t. a. p., bl. 493. – (4) Duranton, XVII, n. 616. — (5) Malleville, IV, bl. 54; troplong, n. 482; asser, § 841.

niet (1); men zal echter daaruit niet kunnen afleiden, dat nu altijd eene aanmaning of in-gebreke-stelling noodig is; wat dan zeker wel wat meer regtstreeks zou bepaald zijn. Heeft er geene aanmaning vóór de dagvaarding plaats gehad, dan zal deze als zoodanig gelden. In het andere geval belet art. 1810 den schuldeischer niet om binnen de twintig dagen tot de dagvaarding over te gaan; de schuldenaar kan zich slechts desniettegenstaande door betaling van de verpligting ontheffen, en zich des verkiezende voor den regter op dien termijn beroepen (2). Maar zoo hij twintig dagen na de aanmaning heeft laten verloopen, is hij niet meer bevoegd om nog na de latere dagvaarding zich van de verpligting tot aflossing door betaling te ontslaan.

496. In de tweede plaats kan de schuldenaar tot de aflossing genoodzaakt worden, indien hij verzuimt aan den geldschieter de bij de overeenkomst beloofde zekerheid te bezorgen; art. 1809, 2° B. W. Hetzelfde zal moeten worden aangenomen, wanneer hij de gestelde zekerheid heeft verminderd, zonder die op andere voldoende wijze weder aan te vullen (3).

497. Het bezorgen der bij de overeenkomst bedongen zekerheid kan door de omstandigheden onmogelijk zijn geworden, b. v. wanneer het huis, waarop hypotheek gevestigd zou worden door brand is vernield. In dit geval moet de schuldenaar volstaan met andere zekerheid te geven, die voldoende is, des noods ter beoordeeling van den regter (4). Maar wanneer hij dit niet doet, beletten die omstandigheden niet, dat de aflossing kan worden gevorderd. Anders zou het zijn, waar de zekerheid, werkelijk gegeven zijnde, door omstandigheden buiten zijne schuld is verminderd (5).

498. Men kan voorts den regter geene bevoegdheid toekennen om den schuldenaar een' termijn toe te staan, waarin hij nog de vereischte zekerheid kan geven (6); maar onze wetgever is ook in dezen in art. 1810 B. W. den schuldenaar te gemoet gekomen, door te bepalen, dat hij zich van de verpligting tot aflossing kan ontheffen, indien hij binnen de twintig dagen, te rekenen van de geregtelijke aanmaning of de regtsvordering de beloofde zekerheid stelt.

499. In de derde plaats kan, volgens art. 1809 B. W., de schuldenaar tot de aflossing genoodzaakt worden, indien hij in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen is verklaard. De schuldeischer zal dan met de overige schuldeischers pond-pondsgelijk optreden (7), zoo hij althans geene bijzondere zekerheid heeft. Wat de erfgenamen van den schuldenaar betreft, van ieder hunner, die in

(1) VOORDUIN, V, bl. 391 en v. — (2) Verg. H. R. 4 April 1851, *W.* 1249. — (3) DURANTON, XVII, n. 627; TROPLONG, n. 490. — (4) DURANTON, XVII, n. 626. — (5) TROPLONG, n. 492. — (6) Verg. TROPLONG, n. 493; anders DURANTON, t. a. p. — (7) Verg. VERNEDE, op art. 1809 B. W.

zoodanig geval verkeert, kan voor zijn aandeel de aflossing gevorderd worden (1).

500. Het laatste geval was in den C. N. niet in art. 1912, maar afzonderlijk in art. 1913 en eveneens in het Wetb. van 1830 niet in art. 1817, maar in art. 1819 behandeld. Men heeft het later bij de beide andere gevallen gevoegd in een en hetzelfde artikel. Intusschen werd, bij de beraadslaging, door den heer LUZAC de aanmerking gemaakt, dat nu de aanhef eenigzins had moeten gewijzigd worden, daar de schuldenaar in het laatste geval van het beheer zijner goederen is ontzet, en dat beheer aan anderen is opgedragen, zoodat men niet wel bepaaldelijk kan zeggen, dat de *schuldenaar* tot de aflossing zal genoodzaakt worden, maar liever had moeten bepalen, dat de hoofdsom opeischbaar wordt. Zoo werd dan ook in het Wetb. van 1830, geheel overeenkomstig met den C. N., in den aanhef van art. 1817 gezegd, dat de schuldenaar tot den afkoop kan genoodzaakt worden, en in art. 1819, dat de hoofdsom insgelijks *opeischbaar* wordt. Nadat echter andere sprekers hadden opgemerkt, dat er natuurlijk geene vordering tegen den gefailleerde, maar slechts tegen de curators kan worden ingesteld, doch dat daarom wel geene verkeerde opvatting van den aanhef van art. 1899, in verband met het derde geval, kon plaats hebben, nam de heer LUZAC deze oplossing op als een bewijs, dat de aanhef voor dat geval niet geheel letterlijk moet worden opgevat, maar slechts in dien zin, dat de hoofdsom opeischbaar wordt, en nam hij daarmede in de bestaande uitdrukking genoegen, met het oog ook op de opheldering, welke de gevoerde beraadslaging steeds deswege zou geven (2).

501. De schuldenaar eener gevestigde rente kan deze in haar geheel in compensatie brengen tegen eene opeischbare inschuld ten laste van den schuldeischer der rente, zoo althans een beding overeenkomstig art. 1808 *b* dit niet belet; die compensatie heeft hier echter niet van regtswege plaats, omdat de hoofdsom niet vorderbaar is. Van den anderen kant kan dan ook de schuldeischer der rente haar, buiten de gevallen van art. 1809 B. W., niet in compensatie brengen tegen dergelijke inschuld van den schuldenaar, omdat hierin eene opvordering der hoofdsom zou gelegen zijn (3).

---

(1) TROPLONG, n. 464. — (2) VOORDUIN, V, bl. 389 en v. — (3) DURANTON, XVII, n. 630. Verg. TROPLONG, n. 467 en v.

ZESTIENDE TITEL.

Van kans-overeenkomsten.

AFDEELING I.

Algemeene bepalingen.



§ 1.

Van kansovereenkomsten in het algemeen.

502. De titel, tot welks beschouwing wij thans overgaan, bevat aan den eenen kant meer, maar ook aan den anderen kant minder, dan het opschrift zou doen verwachten. Hij bevat meer, want hij behelst bepalingen voor lijfrenten in het algemeen, ook geldende voor die, welke bij uiterste wilsbeschikking verkregen worden (1), ofschoon die zeker niet als kansovereenkomsten beschouwd kunnen worden. Hij bevat echter vooral minder, daar hij slechts enkele kansovereenkomsten behandelt, terwijl er in art. 1811 B. W. zelf meer worden opgenoemd, en ook de hier genoemde niet de eenige mogelijke kansovereenkomsten zijn.

503. De eerste afdeeling van den titel bevat slechts één artikel, waarin vooreerst wordt bepaald, wat eene kansovereenkomst is, en daarna eenige handelingen worden genoemd, welke „van dien aard zijn." Dat artikel stemt nagenoeg geheel overeen met art. 1964

---

(1) Zou misschien hierom art. 1811 B. W. spreken van eene *handeling*, terwijl de eerste voordragt sprak van eene *overeenkomst*? Zie VOORDUIN, V, bl. 394.

C. N. Evenwel werd het, en werd dus de eerste afdeeling, in de Wet van 1 Maart 1825 (Sb. n. 27) en in het Wetb. van 1830 niet gevonden. De Regering achtte, blijkens een door haar gegeven antwoord (1), het geven eener bepaling overbodig, „omdat de wet te deze slechts van twee kanskontrakten handelt, terwijl van verzekeringen en bodemerijen in het Wetboek van Koophandel zoude worden gesproken." Van dit denkbeeld is de Regering echter later teruggekomen, en heeft, bij hare voordragt in 1833, den titel met eene eerste afdeeling, bevattende eene algemeene bepaling, vermeerderd, „in de eerste plaats, om te doen zien wat door kans-kontrakten wordt verstaan, en ten andere, om de voornaamste dier kans-kontrakten aan te duiden, en, voor zoo veel het verzekeringskontrakt en de bodemerijen betreft, naar het W. v. K. te verwijzen" (2).

504. POTHIER (3) bepaalt de contrats aléatoires, als: „ceux dans lesquels ce que l'un donne, ou s'oblige de donner à l'autre, est le prix d'un risque dont il s'a chargé." Deze bepaling is echter al te beperkt, ook met het oog op die kansovereenkomsten, welke art. 1811 B. W. opnoemt en welke ook POTHIER zelf heeft opgenoemd; zij ziet slechts op het geval, dat de een zich met eenig gevaar belast en de ander daarvoor iets geeft of zich verbindt te geven, en geldt dus slechts voor eene bepaalde soort van kansovereenkomsten. Meer omvattend is de bepaling, welke art. 1811 B. W. in navolging van art. 1964 C. N. geeft: „eene kansovereenkomst is eene handeling, waarvan de uitkomsten, met betrekking tot voordeel en nadeel, hetzij voor alle de partijen, hetzij voor eenige derzelve, van eene onzekere gebeurtenis afhangen." En deze bepaling komt mij voor het begrip eener kansovereenkomst voldoende uit te drukken.

505. De uitkomst, — wier geheelen omvang de wetgever misschien heeft willen aanduiden door den meervoudigen vorm, tenzij men moet aannemen, dat de wet van de uitkomsten spreekt, enkel omdat art. 1964 C. N. spreekt van les effets, — de uitkomst, met betrekking tot voordeel en nadeel (4), moet afhangen van eene onzekere gebeurtenis. Dit is juist de *kans*, waarvan deze soort van overeenkomsten haren naam heeft ontleend (5).

506. Die uitkomst moet, volgens art. 1811 B. W., van de onzekere gebeurtenis afhangen, hetzij voor alle, hetzij voor eenige der partijen. Deze woorden, ook overgenomen uit art. 1964 C. N.,

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 392 en v., n. I. — (2) VOORDUIN, V, bl. 393. — (3) *Traité du contract d'assurance*, n. 1. —(4) De eerste voordragt sprak van winst of verlies, wat echter minder goed werd geacht. VOORDUIN, V, bl. 394, n. IV. — (5) Verg. TROPLONG, *Des contrats aléatoires*, n. 5; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 248 en v., 263, 272.

wijzen terug op de twee soorten van kansovereenkomst, welke de schrijvers (1) plegen te onderscheiden; waarvan de eerste de zoodanigen omvat, door welke slechts ééne der partijen eenig gevaar voor hare rekening neemt ten behoeve van de andere partij, die haar daarvoor een' prijs betaalt, doch zelve geen gevaar loopt, maar de overeenkomst juist aangaat om zich hiervan te ontheffen; terwijl tot de andere de zoodanigen behooren, door welke beide partijen wederkeerig kans en gevaar hebben. De overeenkomsten van verzekering en bodemerij behooren tot de eerste, spel en weddingschap tot de laatste soort, tot welke POTHIER en TROPLONG ook de overeenkomst wegens lijfrenten brengen, die ik echter liever onder de eerste zou rangschikken (2). De bepaling van art. 1104 C. N., volgens welke „le contrat est aléatoire, lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte *pour chacune des parties*, d'après un événement incertain", stemde met die onderscheiding niet wel overeen, en wordt dan ook in zoo ver door DURANTON (3) afgekeurd.

507. Van eene tegenovergestelde meening is OPZOOMER (4), die, bewerende, dat bij alle kansovereenkomsten voor al de partijen eene kans moet zijn, de redenering van DURANTON bestrijdt, en onzen wetgever, wegens de keus, door hem tusschen art. 1104 en art. 1964 C. N. gedaan, geen lof, maar berisping waardig acht. Men schijnt te mogen betwijfelen, of de schrijver wel aan de zoo even vermelde onderscheiding heeft gedacht. Hoe het zij, het komt mij voor, dat van zijne redenering geldt, wat hij van die van DURANTON beweert, dat zij, „met hoeveel overtuiging ook voorgedragen, en hoe verblindend ook op het eerste gezigt, toch geheel ongegrond is." Ten onregte beweert hij, dat volgens DURANTON de verzekerde eene overeenkomst zou sluiten, waarbij hij niets kan winnen, maar zeker zal verliezen; die schrijver beweert slechts, en hij beweert dit met volle regt, dat de verzekerde ten gevolge der overeenkomst geene *kans* van winst of verlies loopt, daar hij altijd zijne waren of hare waarde en niets meer zal terugbekomen, onder aftrek van het bedrag der premie; en bij deze juiste voorstelling is het volstrekt niet bevreemdend, dat er nog altijd overeenkomsten van verzekering worden gesloten. OPZOOMER schrijft de valschheid der voorstelling van DURANTON daaraan toe, dat deze twee toestanden met elkander zou vergelijken, tusschen welke de vergelijking niet behoort gemaakt te

---

(1) PORTALIS, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 249 en v.; POTHIER, *Traité du contrat du jeu*, n. 2; TROPLONG, n. 8. – (2) Verg. *Observations du Tribunat*, in *Conf. du C. C.*, VI, bl. 260. — (3) DURANTON, XVIII, n. 95. — (4) III, bl. 221–224. Verg. LIPMAN, bl. 540.

worden, daar hij vraagt, wat de verzekerde heeft op het oogenblik der verzekering, en wat bij het te niet gaan der verbindtenis, en daarop antwoordt, dat hij op beide tijdstippen evenveel heeft. Hij zelf wil daarentegen gevraagd hebben, wat het gevolg zal zijn, als de overeenkomst van verzekering niet, wat, als zij wel gesloten is, en dan zegt hij: blijft de waar behouden, dan zou de verzekerde zonder de overeenkomst zijn goed en de premie bezitten, door de overeenkomst heeft hij alleen zijn goed, de premie heeft hij verloren, daarin bestond zijne kans van verlies. Vergaat de waar, dan zou hij zonder overeenkomst niets bezitten, door de overeenkomst bezit hij de waarde er van na aftrek van de premie, dat is zijne winst, daarin bestond zijne kans van winst. — Maar ook hier weder geldt juist van zijne redenering, wat hij DURANTON te laste legt; hij vergelijkt twee toestanden met elkander, die voor de beslissing der vraag niet vergeleken moesten zijn. Met die redenering zou men alle overeenkomsten tot kansovereenkomsten kunnen maken; de huurder van een stuk land b. v. zou na een voordeelig jaar kunnen zeggen: zoo ik niet gehuurd had, had ik den huurprijs, nu heb ik zoo veel meer als het land meer heeft opgebragt; dat meerdere is winst, en daarin bestond mijne kans van winst, terwijl hij eveneens na een nadeelig jaar in tegenovergestelden zin kon spreken. Ik zou daarom liever vragen, wat door de overeenkomst wordt uitgewerkt, en verder, niet of het sluiten zelf der overeenkomst voor- of nadeelig is geweest, maar of, nu eenmaal de overeenkomst is gesloten en als eene gebeurde zaak beschouwd kan worden, de uitkomst voor partijen in den toestand, waarin zij zich ten gevolge der overeenkomst bevinden, voor- of nadeel zal opleveren. Vóór die overeenkomst liep de verzekerde gevaar van verlies; tegen dat gevaar verzekert hij zich door het geven eener premie. Nu zal het wel van de uitkomst afhangen, of het voordeelig voor hem is geweest, dat te doen, dan of het voordeeliger geweest ware geene verzekering te nemen en aldus de premie te behouden, omdat geen ramp hem heeft getroffen; maar zoo zal men van achteren over alle overeenkomsten kunnen spreken, die men toch daarom wel niet tot kansovereenkomsten zal maken. Door de overeenkomst van verzekering is er voor den verzekerde geene kans meer van voor- of nadeel; de overeenkomst is juist gesloten, om voor hem die kans weg te nemen; hij heeft altijd zijn goed of de waarde en moet altijd de premie betalen, en niet meer; dat is juist het doel en het gevolg zijner overeenkomst, hij wil geene kans, maar zekerheid. De verzekeraar daarentegen krijgt wel altijd de premie, maar het zal van de uitkomst afhangen, of die voor hem winst zal zijn, dan of hij de waarde van het verzekerde goed zal moeten voldoen. Daarom is die overeenkomst eene kansovereenkomst; de uitkomst, met betrekking tot voordeel en nadeel, hangt

van eene onzekere gebeurtenis af; maar zij doet dit alleen voor ééne der partijen, den verzekeraar.

508. De uitkomst, met betrekking tot voordeel en nadeel, moet afhangen van eene onzekere gebeurtenis. Bij het aangaan van een kanscontract, zegt LIPMAN (1), behooren beide partijen zoo geheel onzeker te zijn, of zij zullen winnen dan wel verliezen, dat het tegendeel bij een van haar list of bedrog zou zijn. Dit sluit echter niet noodwendig in zich, dat het ook eene toekomstige gebeurtenis moet zijn; de wet spreekt daar niet van, en eene gebeurtenis, die plaats heeft gehad, kan zeer goed onzeker, d. i. voor partijen onzeker zijn, omdat deze er niet mede bekend zijn. OPZOOMER (2) is ook hier van eene andere meening, wil onderscheiden tusschen eene onzekere en eene onbekende gebeurtenis, en noemt het gewone spraakgebruik onnaauwkeurig. Al ware dit zoo, dan zou het nog niet bewijzen, dat de wetgever naauwkeuriger begrip aan het woord heeft gehecht, en, sprekende van eene onzekere, juist eene toekomstige gebeurtenis heeft bedoeld. Het tegendeel blijkt zelfs, en de bewering, dat eene verledene gebeurtenis nimmer de voorwaarde eener kansovereenkomst kan zijn (liever: dat de kans niet van eene verledene gebeurtenis kan afhangen), is dus in strijd met de wet. Volgens art. 269 W. v. K. toch is alle verzekering, gedaan op eenig belang hoegenaamd, waarvan de schade, tegen welke verzekerd is, reeds op het sluiten der overeenkomst bestond, slechts nietig, indien de verzekerde, of hij, die met of zonder last heeft doen verzekeren, van het aanwezen der schade kennis heeft gedragen, en dus niet wanneer de schade, hoezeer reeds bestaande, aan beide partijen onbekend was. Volgens art 306 W. v. K. vervalt wel de overeenkomst, indien de persoon, wiens leven verzekerd is, op het oogenblik van het sluiten der verzekering reeds was overleden, al had ook de verzekerde van het overlijden geene kennis kunnen dragen, maar slechts *tenzij anders ware bedongen*, wat dus door de wet wordt vrijgelaten (3). Verg. nog art. 597 en 598 *b* W. v. K., waaruit eveneens blijkt, dat eene onzekere gebeurtenis, eene gebeurtenis, waarvan de uitkomst eener kansovereenkomst afhangt, niet juist eene toekomstige, maar wel eene aan partijen onbekende wezen moet. Zoo belet ook niets, dat eene weddingschap kan worden aangegaan over eene gebeurtenis, die werkelijk heeft plaats gehad, maar aan partijen onbekend en alzoo onzeker is; en hetgeen ter zake dier weddingschap vrijwillig is betaald, zal op grond en behoudens de bepaling van art. 1828 B. W. niet kunnen worden teruggeëischt.

509. Bij kansovereenkomsten hangt niet de verbindtenis, maar

---

(1) LIPMAN, bl. 640. — (2) III, bl. 224. — (3) Verg. *W. v. K. met aant.* van mr. ASSER, enz., op art. 306.

slechts de uitkomst met betrekking tot voor- en nadeel van eene onzekere gebeurtenis af. Ze verschillen dus zeer van zoodanige overeenkomsten, die eene voorwaardelijke verbindtenis ten gevolge hebben. Hier hangt het van de onzekere gebeurtenis af, of er eene verbindtenis zal bestaan. Bij gene bestaat de verbindtenis, onafhankelijk van de onzekere gebeurtenis, en van deze hangt niet af, of ze gevolg zullen erlangen, maar alleen, welk gevolg ze hebben zullen. De kans van voor- of nadeel hangt daarvan af, terwijl die in het andere geval bij het ontbreken der voorwaarde in het geheel niet bestaat.

510. Art. 1811 noemt eenige kansovereenkomsten op, en daaronder vooreerst de overeenkomst van verzekering. Zij is, volgens art. 246 W. v. K., eene overeenkomst, bij welke de verzekeraar zich aan den verzekerde, tegen genot eener premie, verbindt om hem schadeloos te stellen wegens een verlies, schade of gemis van verwacht voordeel, welke deze, door een onzeker voorval, zou kunnen lijden. Art. 1811 verwijst deswege naar het W. v. K. (1), volgens welks art. 4, 10° dan ook de wet alle assurantiën onder daden van koophandel begrijpt. Daar wordt dan in het eerste boek, in den negenden titel, art. 246—286, gehandeld van assurantie of verzekering in het algemeen, en in den tienden titel, art. 287—308, van verzekering tegen de gevaren van brand, tegen die, waaraan de voortbrengselen van den landbouw te velde onderhevig zijn, en van levensverzekering; terwijl in het tweede boek, in den negenden titel, art. 592—685, wordt gehandeld van verzekering tegen de gevaren der zee en die der slavernij, en in den tienden titel, art. 686—695, van verzekering tegen de gevaren van den vervoer te lande en op rivieren en binnenwateren.

511. In de tweede plaats noemt art. 1811 B. W. de bodemerij (2), in art. 569 W. v. K. bepaald als eene overeenkomst tusschen een' geldschieter en een' geldopnemer, waarbij eene som gelds wordt opgeschoten, met beding van premie en onder verband van schip of goed of van beide, met dat gevolg, dat, indien het verbondene, geheel of gedeeltelijk, door toevallen op zee vergaat of vermindert, de geldschieter zijn regt op de opgeschoten penningen en op de premie verliest, voor zoo ver dit een en ander niet op hetgeen overblijft kan worden verhaald, maar indien het verbondene behouden ter plaatse zijner bestemming aankomt, de hoofdsom, benevens de premie, moet betaald worden. Art. 1811 verwijst ook te dezen aanzien naar het W. v. K. (boek II, titel 8); bodemerij wordt dan ook in art. 4, 7° W. v. K. in het algemeen als eene daad van koophandel voorgesteld.

(1) Verg. de mem. v. toel., bij VOORDUIN, V, bl. 393. — (2) DURANTON, n. 96; TROPLONG, n. 13.

512. Art. 1811 noemt verder lijfrenten, spel en weddingschap, waarover in de beide volgende afdeelingen van dezen titel wordt gehandeld. De eerste voordragt noemde spel en weddingschap vóór lijfrenten, terwijl in het Wetb. van 1830, even als in ons B. W., de lijfrenten het eerst behandeld worden. De C. N. volgt hierin eene omgekeerde orde en noemt daarom in art. 1964 ook spel en weddingschap het eerst; dit had men in de eerste voordragt nagevolgd, maar men kwam, op eene gemaakte aanmerking, daarvan terug (1). Om welke reden onze wetgever de orde van den C. N. niet heeft gevolgd, blijkt mij niet; misschien is echter het vermoeden niet ongegrond, dat hij daartoe geleid is door het verband, 'twelk er bestaat tusschen de lijfrenten en de in den onmiddellijk voorafgaanden titel behandelde altijddurende renten.

513. Art. 1811 B. W. zegt, na te hebben bepaald, wat eene kansovereenkomst is, dat de daar genoemde „van dien aard zijn." Deze zijn slechts als voorbeelden, misschien als in de praktijk de voornaamsten, genoemd, terwijl er buitendien door partijen eene menigte andere kansovereenkomsten van onderscheiden aard kunnen worden aangegaan, die de wet niet alle kon voorzien en ook even weinig alle behoefde op te noemen, als zij alle mogelijke andere overeenkomsten kon of moest opnoemen. Onderscheidene onder eene eigene benaming bekende en als zoodanig in de wet behandelde overeenkomsten kunnen voorts meer of minder den aard eener kansovereenkomst aannemen, terwijl andere ook met die eigenschap geene bijzondere benaming voeren. Wij achten het niet noodig hieromtrent in bijzonderheden te treden, omdat de vraag, in hoe ver eene overeenkomst al of niet als kansovereenkomst beschouwd moet worden, van gering belang zal zijn. Genoeg zij het, dat elke overeenkomst, waarvan de uitkomst, met betrekking tot voor- en nadeel, hetzij voor alle, hetzij voor eenige der partijen van eene onzekere gebeurtenis afhangt, eene kansovereenkomst is (2).

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 394. — (2) Verg. TROPLONG, n. 17 en v.; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 272 en v. Hetgeen OPZOOMER zegt, bl. 225 en v., is meerendeels een gevolg van zijne bijzondere meening omtrent kansovereenkomsten.

AFDEELING II.

Van de overeenkomst van lijfrenten en derzelver gevolgen.

§ 2.

Begrip en verschillende wijze van vestiging van lijfrenten.

514. Lijfrente is eene gevestigde rente, die door den renteschuldige aan den renthefler moet worden voldaan gedurende het leven van hem, op wiens lijf zij gevestigd is.

515. In het opschrift der tweede afdeeling wordt bepaaldelijk gesproken van de *overeenkomst* van lijfrenten. Blijkens art. 1812 B. W. kan echter eene lijfrente niet alleen bij overeenkomst, hetzij onder bezwarenden titel, hetzij bij akte van schenking, gevestigd worden, maar ook bij uiterste wilsbeschikking. Dat toch art. 1812 *b* zegt, dat zij ook kan worden *verkregen* bij uiterste wilsbeschikking, schijnt enkel te moeten worden toegeschreven aan de wel eens meer in onze wetgeving blijkbare zucht om dezelfde zaak niet telkens met dezelfde woorden uit te drukken. Het ziet toch niet op de overdragt eener gevestigde, maar op de vestiging zelve eener lijfrente, gelijk dan ook art. 1822 Wetb. van 1830, in navolging van art. 1969 C. N., bepaalt, dat ze ook om niet kan worden gevestigd, hetzij bij gifte, hetzij bij uitersten wil, nadat het voorgaand artikel had gesproken van de vestiging eener lijfrente bij een bezwarenden titel, daar door „verkregen worden" uitgedrukt (1). De vestiging bij overeenkomst is intusschen de meest gewone, en vandaar dat het onderwerp onder de overeenkomsten wordt behandeld. De overeenkomst, waarbij ze wordt gevestigd, is meestal eene kansovereenkomst, en vandaar de behandeling van het onderwerp in dezen titel; terwijl voor het overige de hier voorkomende bepalingen, voor zoo ver ze niet bepaaldelijk in verband staan met eene vestiging bij overeenkomst, evenzeer op de bij uiterste wilsbeschikking gevestigde lijfrente toepasselijk zijn. Het onderwerp toch is hier in het algemeen behandeld.

516. Wij noemden de lijfrente eene gevestigde rente. Dit heeft ook de wet zelve gedaan, die, daar zij in art. 567, 2° B. W. onder de roerende zaken door wetsbepaling ook gevestigde renten, hetzij altijddurende of lijfrenten, opnoemt, deze, nevens de altijddurende,

---

(1) Zie ook VOORDUIN, V, bl. 396.

als eene soort van gevestigde renten voorstelt (1). Zij is dit in dien zin, dat zij niet vatbaar is voor wederzijdsche opzegging, gelijk bij eene leening op interessen het geval is, maar, eens gevestigd zijnde, moet worden betaald tot aan de reeds bij hare vestiging aangeduide gebeurtenis, het overlijden van hem, op wiens lijf zij gevestigd is; tenzij partijen zelve haar bij eene nadere overeenkomst mogten doen eindigen, waardoor natuurlijk haar aard niet veranderd wordt.

517. Lijfrente komt bovendien ook daarin met altijddurende rente overeen, dat beide op dezelfde wijzen kunnen gevestigd worden. Beide zijn, volgens art. 567, 2° B. W., roerende zaken. De jaarlijksche termijnen worden bij beide in art. 2012 *a* B. W., waar van de verjaring sprake is, onder denzelfden naam van interessen op ééne lijn geplaatst. Zij kunnen dus ook bij de eene zoowel als bij de andere als de vruchten beschouwd worden der altijddurende rente of lijfrente, wanneer deze zelve wordt gerekend als de hoofdzaak, welke die vruchten voortbrengt. Deze beschouwing ligt dan ook ten grondslag aan de bepaling van art. 811 B. W. (2).

518. Aan den anderen kant bestaat er ook geen gering onderscheid tusschen lijfrente en altijddurende rente. Terwijl deze, volgens art. 1808 *a* B. W., uit haren aard aflosbaar is, kan, volgens art. 1821 B. W., de schuldenaar eener lijfrente zich niet door teruggave der hoofdsom van de betaling ontheffen. Terwijl wanbetaling der gedurende twee achtereenvolgende jaren verschuldigde renten, en de omstandigheid, dat de schuldenaar in staat van faillissement of kennelijk onvermogen is verklaard, volgens art. 1809 den schuldeischer eener altijddurende rente regt geven om de aflossing te vorderen, is dit, blijkens art. 1819 en 1820, ten aanzien van lijfrenten niet het geval. Maar wat wel het gewigtigste van alles is, terwijl bij de altijddurende rente geene onzekerheid bestaat en dus ook van geen kans sprake is, is bij lijfrenten de omvang van het regt des schuldeischers en van de verpligting des schuldenaars geheel onzeker, daar het afhangt van den onzekeren duur des levens van hem, op wiens lijf de rente gevestigd is, en bestaat er dus, wel niet voor den schuldeischer, maar toch voor den schuldenaar eene kans, omdat de

---

(1) Niet geheel juist is het dus, dat DE PINTO, II, § 1004, bl. 478; 3e uitg. § 1064, bl. 592, lijfrenten stelt tegenover *gevestigde* of altijddurende renten. Ook in art. 2012 *a* B. W. worden nevens lijfrenten niet gevestigde, maar altijddurende renten genoemd. — (2) Verg. DURANTON, XVIII, n. 158; TROPLONG, n. 215, tegen POTHIER, *Traité du contrat de constitution de rente*, n. 249, en TOULLIER, XII, n. 110. Zie ook hierboven IV, n. 89. Verg. voorts MARCADÉ, in *Rev. d. rev. de droit*, XIV, bl. 301 en v.

uitkomst der handeling met betrekking tot voor- en nadeel van eene onzekere gebeurtenis afhangt (1).

519. Vanhier dat de overeenkomst, waarbij eene lijfrente gevestigd wordt, gesteld wordt onder de kansovereenkomsten (2). Zij kan intusschen daartoe niet in ieder geval gebragt worden, maar slechts dan, wanneer er voor partijen onzekerheid bestaat, of zij zullen winnen of verliezen. Dit is onder anderen niet het geval, wanneer de lijfrente zoo laag wordt gesteld, dat zij met de gewone rente van op interessen geleend geld gelijk staat, in welk geval het wel onzeker is, hoelang zij betaald zal moeten worden, maar het daarentegen zeker is, dat het kapitaal voor de eene partij is verloren en voor de andere gewonnen (3). Zoo is ook eene overeenkomst, waarbij eene lijfrente om niet gevestigd wordt, niet als eene kansovereenkomst te beschouwen, omdat wel het bedrag onzeker is van het voordeel voor de eene en het nadeel voor de andere partij, maar het toch van den beginne af zeker is, dat gene enkel voordeel en deze enkel nadeel hebben zal (4).

520. Wordt de overeenkomst van lijfrente aangegaan onder een bezwarenden titel, zoo kan zij in zekeren zin met eene weddingschap vergeleken worden, daar de een den prijs geheel of ten deele wint bij een spoedigen dood van hem, op wiens lijf de rente gevestigd is, en de ander, zoolang die dood uitblijft, de termijnen of interessen geniet. Maar weddingschap is toch niet de hoofdzaak bij en het doel van zoodanige vestiging eener lijfrente, die veelmeer bestaat in een werkelijken verkoop der lijfrente tegen den daarvoor bedongen prijs, en alzoo eene overeenkomst, die wel om de onzekerheid der uitkomst eene kansovereenkomst is, maar toch om hare wezenlijke bestanddeelen teregt door de wet wordt gehandhaafd (5).

521. Het moge toch waar zijn, dat zij niet zelden in de hand van den slechts voor zich zelv' zorgenden baatzuchtige het middel zal zijn om een reeds op zich zelf voldoend inkomen hooger op te voeren, ten koste der erfgenamen, die, zoo de erflater zich met een matig inkomen had tevreden gesteld, eene nalatenschap zouden hebben gevonden, welke nu aan de traagheid en het eigenbelang van dien erflater is opgeofferd; — dit mogelijk misbruik mag hier even weinig als bij andere overeenkomsten het gebruik uitsluiten. Aan den anderen kant is zij voor hem, die niet door nijverheid zich een inkomen kan verzekeren, dat ook op den ouden dag en bij zwakheid van lig-

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 208; DE PINTO, II, § 1004, bl. 478; 3e uitg. § 1064, bl. 592 en v. — (2) POTHIER, n. 218; DURANTON, XVIII, n. 121; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 266 en v. — (3) Verg. TROPLONG, n. 211 en v., en dezelfde, *Comment. de la vente*, n. 150, 791. — (4) TROPLONG, n. 231; DURANTON, XVIII, n. 122. — (5) TROPLONG, n. 15, 209.

chaam voldoende zal zijn, en die in de gewone inkomsten van zijn betrekkelijk te gering vermogen geen genoegzaam middel van bestaan vindt, een geschikt middel om zich het noodig levensonderhoud te verschaffen op eene wijze, die in verband staat met den waarschijnlijken duur van zijn leven; en men mogt dus ook hier de vrijheid van partijen eerbiedigen, om over haar vermogen te beschikken op eene wijze, die zij het meest dienstig achten (1).

522. Overgaande tot de verschillende wijzen van vestiging der lijfrenten moeten wij in de eerste plaats letten op den titel, waarbij zij gevestigd worden. Art. 1812 B. W. zegt deswege: „lijfrente kan bij eenen bezwarenden titel of bij akte van schenking worden gevestigd. Zij kan ook worden verkregen bij uiterste wilsbeschikking."

523. Wij hebben reeds opgemerkt, dat al deze verschillende wijzen van vestiging geene kansovereenkomsten zijn, maar dat ze hier bij elkander zijn gevoegd, omdat men hier de lijfrenten in het algemeen wilde behandelen. Intusschen schijnt de redactie van art. 1968 en 1969 C. N., gevolgd in art. 1821 en 1822 Wetb. van 1830, waarvan het eerste bepaalt, op welke wijzen eene lijfrente bij een bezwarenden titel kan verkregen worden, en het tweede, dat zij ook om niet kan worden gevestigd, hetzij bij gifte, hetzij bij uitersten wil, — eene redactie, die, zonder dat blijkt waarom, bij de herziening in 1833 in de tegenwoordige veranderd is (2), — juist daarom boven deze de voorkeur te verdienen, omdat daarbij de vestiging der lijfrente bij eene kansovereenkomst meer op zich zelve wordt voorgesteld, en daarna die wijzen van vestiging bij elkander worden gevoegd, die geene kansovereenkomsten zijn.

524. Eene lijfrente kan, volgens art. 1968 C. N., art. 1821 Wetb. van 1830, bij een bezwarenden titel verkregen worden, hetzij tegen betaling eener som gelds, hetzij tegen afstand van een roerend goed, dat op zekere waarde kan geschat worden, hetzij tegen overdragt van een onroerend goed. In elk dezer gevallen wordt hetgeen tegenover de lijfrente gesteld wordt, voor goed afgestaan en moet het geacht worden naar de meening der partijen op te wegen tegen de kansen, welke de renteschuldige daarvoor op zich neemt (3).

525. Wanneer eene lijfrente wordt verkregen tegen betaling eener som gelds, dan kan men de overeenkomst een' verkoop noemen (4), waarbij de lijfrente is de verkochte zaak en de som gelds de prijs. Dit is de meest gewone wijze van vestiging der lijfrente (5). Waar

---

(1) PORTALIS, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 257 en v.; DUVEYRIER, ald., bl. 278; TROPLONG, n. 210; MALLEVILLE, IV, bl. 84. — (2) VOORDUIN, V, bl. 396 en v. — (3) TROPLONG, n. 213 en v. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 259. — (5) TROPLONG, n. 216. POTHIER, n. 215, waarmede zijn chap. 8, *des rentes viagères*, aanvangt, zegt bepaaldelijk: „c'est particulièrement du contrat de constitution de rente viagère à prix d'argent, dont nous nous proposons de traiter ici." Daarop doelen ook de bepalingen bij DURANTON, XVIII, n. 120; V. ASSEN, § 386, bl. 422.

tegenover de lijfrente een roerend of onroerend goed staat, kan dit als het verkochte en de lijfrente als de prijs beschouwd worden (1). Maar in beide gevallen moet dan ook, mijns bedunkens, de overeenkomst met de toestemming der partijen voldongen zijn en wederzijds verbindend, zoowel zonder dat de som gelds is betaald, als zonder dat het roerend of onroerend goed is geleverd. Wil men in beide gevallen de overeenkomst met een' koop en verkoop gelijk stellen, zoo is er geene reden om te dien aanzien tusschen beide een onderscheid te maken. In het algemeen zie ik geene reden om, waar de lijfrente tegen eene geldsom wordt verkregen, het „re contrahitur obligatio" toe te passen, en aan te nemen, dat de verpligting van den schuldenaar der lijfrente eerst volkomen is door het ontvangen dier geldsom (2). Wat te dien aanzien geldt van leening kan niet worden toegepast op de vestiging eener lijfrente, die met leening niets gemeen heeft, en ten opzigte waarvan de wet daaromtrent geen enkelen wenk behelst. De overeenkomst, waarvan wij spreken, moet daarom, mijns bedunkens, geacht worden terstond voor beide partijen verbindende te zijn, zonder dat tot de verpligting der eene noodig is, dat de andere eerst hare verpligting heeft vervuld.

526. De wet schrijft geen bepaalden vorm voor deze overeenkomst voor: zij kan dus ook evenzeer bij onderhandsche als bij authentieke akte worden geconstateerd (3). Ik zie ook geene reden om haar, zoo de lijfrente voor eene som gelds wordt verkregen, eene eenzijdige, zoo zij de prijs is van een roerend of onroerend goed, eene wederkeerige overeenkomst te noemen (4), en op dien grond eenig verschil in den vorm voor beide aan te nemen. Alleen wanneer b. v. tegen gelijktijdige betaling door den verkrijger der lijfrente, aan dezen eene onderhandsche schuldbekentenis als bewijs der lijfrente wierd afgegeven, zou die schuldbekentenis, volgens art. 1915 B. W., geheel met de hand des schuldenaars geschreven en onderteekend moeten zijn, of wel voorzien van eene door hem geschreven goedkeuring, houdende in voluit geschrevene letters de hoegrootheid der verschuldigde lijfrente (5), maar dit is dan ook enkel een gevolg van den vorm, waarin het bewijs van het bestaan der lijfrente is afgegeven, en staat met de wijze, waarop zij verkregen wordt, in geen verband.

527. Om niet kan eene lijfrente gevestigd worden bij schenking en bij uiterste wils-beschikking. Wat het laatste betreft, zoo spreekt ook art. 1007, 2° B. W. van het geval, dat eene lijfrente is gelegateerd; wat het eerste aangaat, zoo zagen wij reeds, dat de overeen-

(1) TROPLONG, n. 217. — (2) Zie echter POTHIER, n. 221; TROPLONG, n. 220 en v. Verg. DURANTON, XVIII, n. 157. — (3) POTHIER, n. 243; TROPLONG, n. 226. — (4) Zie TROPLONG, n. 223, 227. — (5) Verg. DURANTON, XVIII, n. 157.

komst in dat geval geene kansovereenkomst is. Art. 1969 C. N. zegt, dat in die gevallen de bij de wet vereischte vormen moeten worden in acht genomen. Onze wetgever bepreep, dat dit zoo zeer in den aard der zaak ligt, dat het geene vermelding behoefde (1). Eveneens behoefde art. 1970 C. N. niet te worden overgenomen, volgens hetwelk de lijfrente voor inkorting vatbaar is, wanneer zij het beschikbaar gedeelte te boven gaat, en nietig, wanneer zij is gegeven aan iemand, die onbekwaam is om uit eene schenking of uit eene uiterste wils-beschikking voordeel te genieten (2). Beide ligt evenzeer in den aard der zaak; in het eerste geval is bovendien voorzien in art. 965 B. W.

528. In den regel wordt de lijfrente gevestigd ten behoeve van hem, die haar voor zich heeft bedongen en den prijs daarvoor heeft voldaan of beloofd. Zij kan evenwel, volgens art. 1815 *a* B. W., ook gevestigd worden ten behoeve van een' derde, hoewel het geld door een' ander persoon geschoten zij. Dit beteekent niet alleen, dat de prijs der lijfrente door een' ander kan worden voldaan dan door hem, te wiens behoeve zij gevestigd wordt; het leert, dat men ten behoeve van een' derde eene lijfrente kan vestigen, zonder voor of namens dezen te handelen en zonder te betalen met het geld van dien derde. Men kan op zijn' eigen naam en voor zijn eigen geld eene lijfrente vestigen, die moet worden uitbetaald aan een' derde.

529. Dit kan op verschillende wijzen plaats hebben, met en zonder medewerking van den derde bij de vestiging der lijfrente. Is hij daarbij tevens als partij tegenwoordig, zoo erlangt hij daardoor regt op de lijfrente, niet alleen tegenover hem, die haar te zijnen behoeve heeft bedongen en het geld betaald, maar ook tegenover den schuldenaar der rente, van wien hij de voldoening des noods in regten vorderen kan. Is hij daarbij niet tegenwoordig, zoo kan hij uit de vestiging der lijfrente zoodanig regt niet ontleenen, zoolang hij haar niet op eenige wijze, zij het ook stilzwijgend door eenige handeling, heeft aangenomen (3).

530. De formaliteiten, welke tot schenkingen vereischt worden, behoeven daarbij, volgens art. 1815 *b* B. W., niet te worden opgevolgd. De wet bepaalt dit, omdat de lijfrente in dit geval, gelijk art. 1973 *b* C. N. uitdrukkelijk aanmerkte, les caractères d'une libéralité bezit, of, gelijk art. 1825 *b* Wetb. van 1830 zeide, het aanzien heeft eener gift. Malleville merkt dan ook aan, dat men voor die bepalingen kwalijk eene andere reden kan aanvoeren, dan dat men

---

(1) Voorduin, V, bl. 396; asser, § 843. — (2) Voorduin, t. a. p.; asser, § 844; de pinto, II, § 1004, 2, 3, bl. 479; 3e uitg. § 1064, bl. 593. — (3) Duranton, XVIII, n. 139 en v.; troplong, n. 250.

het zoo heeft gewild, sic voluere patres (1). Maar de tribun SIMEON heeft teregt aangevoerd, dat, terwijl in het geval van ons art. 1812, waarvoor art. 1969 C. N. uitdrukkelijk de inachtneming der voor schenking bepaalde vormen voorschrijft, werkelijk alleen schenking eener lijfrente plaats heeft, daarentegen in het hier bedoeld geval de gift ten voordeele van den derde slechts een accessorium is van eene andere overeenkomst, den koop der lijfrente (2). De vestiging zelve dier lijfrente heeft niet bij schenking, maar onder bezwarenden titel plaats; de bevoordeeling van den derde behoort slechts tot de wijze, waarop de lijfrente moet worden voldaan.

531. Maar art. 1815 *b* B. W. spreekt alleen van den uitwendigen vorm. Wat de innerlijke waarde van de vestiging der lijfrente betreft, zoo is de gift voor inkorting vatbaar, wanneer zij het wettelijk erfdeel verkort, en is zij nietig, wanneer zij aan een' onbekwame is geschied (3). Die inkorting of nietigverklaring kan gevorderd worden door hen, die daartoe in den regel de bevoegdheid hebben. Hij, die de lijfrente verschuldigd is, houdt daardoor niet noodwendig op haar verschuldigd te zijn, gedurende den tijd dat hij haar aan den derde had moeten voldoen; hij moet haar, zoo zij blijft voortduren, in plaats van aan hem, aan dengene betalen, te wiens behoeve de inkorting of vernietiging plaats had (4). In den regel echter en wanneer niet, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend, van eene andere bedoeling der partijen blijkt, zal mijns bedunkens de geheele handeling daardoor geheel of ten deele te niet gaan, omdat de lijfrente niet anders dan juist ten behoeve van den derde is gevestigd.

532. Lijfrente kan, schoon de wet hiervan niet uitdrukkelijk spreekt, niet alleen ten behoeve van een' enkele, maar ook ten behoeve van meer personen gevestigd worden, hetzij deze haar gelijktijdig en tezamen, hetzij ze haar bij opvolging genieten zullen (5).

533. De lijfrente moet betaald worden gedurende het leven van hem, op wiens lijf zij gevestigd is (6), en die wel moet worden onderscheiden van hem, die er het genot zal hebben. Zij moet dus altoos op iemands lijf gevestigd, d. i. aan iemands leven gebonden wezen (7).

534. Gewoonlijk wordt zij gevestigd op het lijf van den schuldeischer der rente, van hem, die haar genieten zal, die in den regel ook

---

(1) MALLEVILLE, bl. 86. — (2) Zie *C. N. et Mot.*, VI, bl. 267. Verg. TROPLONG, n. 249; ZACHARIAE, II, § 388, bl. 35, n. 3. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 259, 281; DURANTON, XVIII, n. 138; TROPLONG, n. 251; ZACHARIAE, II, § 388, bl. 35 en n. 2. — (4) Verg. DURANTON, XVIII, n. 142; TROPLONG, n. 252. — (5) ZACHARIAE, II, § 388, bl. 35. — (6) In het Besl. v. 23 Februarij 1814 (Sb. n. 28) wordt deze eenvoudig het *lijf* genoemd. — (7) POTHIER, n. 223 en v.; TROPLONG, n. 236.

degene is, die haar bedongen en voor haar den prijs betaald heeft; en zelfs zal eene lijfrente, bij wier vestiging niet is bepaald, aan wiens leven zij zal gebonden wezen, geacht moeten worden gevestigd te zijn op het lijf van hem, die haar genieten zal (1). Zij kan echter ook van eens anders leven afhankelijk gesteld worden. Lijfrente kan, volgens art 1813 B. W., worden gevestigd, hetzij op het lijf des geldschieters, of van hem, wien men daarvan het genot geeft, hetzij op dat van een' derde, ofschoon deze daarvan geen genot hebbe. Zij kan ook, volgens art. 1814 B. W., gevestigd worden op het lijf van één of meer personen.

535. In plaats van „het lijf des geldschieters, of van hem, wien men daarvan het genot geeft," sprak art. 1823 Wetb. van 1830, geheel overeenkomstig de officiële vertaling van art. 1971 C. N., van „het lijf van dengenen, die daarvoor het geld schiet." Wat tot eene verandering dier redactie aanleiding heeft gegeven, blijkt niet en is door VOORDUIN niet opgeteekend. Art. 1971 C. N. zelf spreekt intusschen van „celui, qui en fournit le prix", en dit schijnt meer algemeen, daar het zoowel slaat op hem, die den prijs betaalt eener voor hem zelven bedongen lijfrente, en dus op het meest gewone geval, als op hem, die dien prijs ten behoeve van een' ander betaalt. Zoo als ons artikel nu luidt, ziet het blijkbaar alleen op het in art. 1815 voorzien geval, dat de lijfrente gevestigd wordt ten behoeve van een' ander dan die het geld geschoten heeft, en bepaalt het, dat op het lijf zoowel van den een als van den ander de lijfrente kan gevestigd worden.

536. Lijfrente kan gevestigd worden op het lijf van eenen derde, ofschoon deze daarvan geen genot hebbe, dus ook van andere derden dan art. 1815 *a* B. W. bedoelt; in het algemeen van elken derde, wie hij zijn mag. Bepaaldelijk kan zij ook gevestigd worden op het lijf van eenigen regerenden vorst; in welk geval de renteheffer niet telkens een bepaald bewijs van het leven van hem, op wien de lijfrente gevestigd is, zal behoeven te leveren om betaling te kunnen erlangen, omdat het leven of overlijden van een regerenden vorst als eene zaak van meer algemeene bekendheid beschouwd mag worden (2).

537. De derde ontvangt als zoodanig geen voordeel van de lijfrente, die op zijn lijf gevestigd wordt. Het is daarom ook niet noodig, dat hij bekwaam zij om door eene der partijen bevoordeeld te worden, noch ook dat hij bekwaam zij om overeenkomsten aan te gaan; hij behoeft ook bij de vestiging niet tegenwoordig te zijn en zelfs daarvan geen kennis te dragen (3). Die derde dient alleen om

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 128; TROPLONG, n. 237. Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 279. — (2) DURANTON, XVIII, n. 128. — (3) DURANTON, XVIII, n. 132; TROPLONG, n. 238 en v.

de lijfrente aan iemands leven te verbinden; hij is met de ontvangst der renten niet belast, deze kunnen zelfs niet geldig aan hem betaald worden, zonder dat hij daartoe door den renteheffer gemagtigd is (1).

538. Maar de lijfrente is dan ook zoo zeer aan zijn leven gebonden, dat zelfs de dood van den renteheffer haar niet doet ophouden, maar het regt daarop slechts doet overgaan op zijne erfgenamen. De lijfrente toch is niet, even als het vruchtgebruik, tot het leven van den renteheffer beperkt; zij is het slechts dan, wanneer zij uitdrukkelijk of stilzwijgend op zijn lijf gevestigd is; zij hangt geheel af van het leven van hem, op wiens lijf zij is gevestigd, en blijft uit dien hoofde altijd haar karakter als lijfrente behouden (2). Intusschen kan natuurlijk het tegendeel ook door partijen bedongen worden (3), maar de lijfrente is dan tevens en wel vooral op het lijf des renteheffers gevestigd, en de bijvoeging van den derde strekt slechts om haar nader te beperken.

539. Art. 1813 B. W. strekt om ten aanzien van het lijf, waarop de lijfrente zal gevestigd worden, de meeste ruimte te laten; men mag het dus ook niet in een beperkenden zin opvatten, alsof het verboden was de lijfrente te verbinden aan het leven van een' ander, dan die daar uitdrukkelijk worden genoemd. Zoo kan zij ook gevestigd worden op het lijf van den schuldenaar; en terwijl het gewone doel der lijfrente daardoor minder zal worden bereikt, dan wanneer zij verbonden wordt aan het leven des renteheffers en alzoo dezen gedurende zijn leven een inkomen waarborgt, voldoet zij daaraan toch even zoo als wanneer zij op het lijf van een' derde gevestigd is. De renteheffer is dan ook van het bewijs van het leven ontslagen, en voor een al te sterk verlangen naar het ophouden der lijfrente zal in dat geval wel weinig vrees bestaan (4).

540. De lijfrente kan ook op het lijf van meer personen gevestigd worden, hetzij dit onderscheidene renteheffers zijn of meer schuldenaren, of meer derden, of de renteheffer en derden, of de schuldenaar en derden. De lijfrente wordt daardoor vaster gevestigd en heeft in den regel minder kans van spoedig te zullen ophouden (5). In dit geval toch blijft de lijfrente, althans zoo het tegendeel niet door partijen is bepaald, verschuldigd totdat al die personen overleden zijn, en komt zij door het overlijden van een gedeelte dier personen ook niet voor een evenredig gedeelte te vervallen.

---

(1) POTHIER, n. 226; DURANTON, XVIII, n. 128; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 267, 279. — (2) DURANTON, XVIII, n. 129. — (3) DURANTON, XVIII, n. 131. — (4) DURANTON, XVIII, n. 130; TROPLONG, n. 241; verg. TOULLIER, n. 182 in n. — (5) TROPLONG, n. 242, 247, verg. POTHIER, n. 255; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 279.

541. Dat dit het geval is, wanneer de lijfrente is gevestigd op het lijf van meer derden, zal wel niet twijfelachtig zijn (1). Voor het geval, dat zij aan meer personen verschuldigd, en hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend op hun lijf gevestigd is, is wel DURANTON van eene andere meening; meer aannemelijk komt mij echter de leer van TROPLONG voor, die dan ook door de Fransche jurisprudentie wordt gestaafd, en volgens welke ook in dat geval hetzelfde moet worden aangenomen (2). Waren er zoo vele afzonderlijke lijfrenten gevestigd, zoo zou natuurlijk het overlijden van een der renteheffers diens lijfrente doen ophouden. Maar wij veronderstellen, dat er slechts ééne lijfrente ten behoeve van meer personen verschuldigd is. En dan moet ook deze lijfrente afhankelijk zijn, niet van het leven der renteheffers als zoodanig, maar van het leven van hen, op wier lijf zij was gevestigd. En zoo dit waar is, dan bestaat er ook geen afdoende grond om voor de beide door ons genoemde gevallen eene verschillende beslissing aan te nemen. Het aandeel van den overleden renteheffer zal dan overgaan hetzij op de langer levenden, hetzij op zijne erfgenamen, naarmate de omstandigheden en de strekking van den titel, waarbij de lijfrente gevestigd is, dit medebrengen.

542. Maar welke vrijheid er ook mag bestaan ten aanzien van den persoon, op wiens lijf de lijfrente gevestigd wordt, altijd moet zij op iemands lijf en wel op het lijf van een levend persoon gevestigd wezen. Alle lijfrenten, gevestigd op het lijf van iemand, die overleden was op den dag, waarop de overeenkomst is aangegaan, is, volgens art. 1816 B. W., krachteloos. De grond hiervan moet, naar het mij voorkomt, niet daarin gezocht worden, dat er in dit geval geene kans van voor- of nadeel, geen gevaar, geene onzekere gebeurtenis bestaat (3), — dit toch zou wel beletten kunnen, dat er sprake kan zijn van eene *kans*overeenkomst, het zou den aard der overeenkomst kunnen wijzigen, maar deze zelve en zoo ook eene uiterste wilsbeschikking niet krachteloos maken; maar dat hij, aan wiens leven eene lijfrente verbonden is, moet leven behoort onmisbaar tot het wezen eener lijfrente, die anders reeds eerder zou zijn vervallen dan zij ontstond, en althans nimmer bestaan erlangen kon. Hare vestiging mist dus noodwendig alle werking, de overeenkomst is zonder oorzaak en mitsdien krachteloos (4). Het doet daarbij niets ter zake, of het overlijden van den bedoelden persoon aan de partijen of aan eene van haar al of niet bekend was, omdat dit op

(1) DURANTON, XVIII, n. 133; TROPLONG, n. 243 en v. — (2) Zie DURANTON, XVIII, n. 134 en v.; TROPLONG, n. 245 en v. – (3) DURANTON, XVIII, n. 143; DE PINTO, II, § 1006, bl. 479; 3e uitg. bl. 1066, bl. 593; SCHÜLLER, op art. 1816 B. W. – (4) Verg. *Conf. du C. C.*, VI, bl. 264; *C. N. et Mot*, VI, bl. 260, 268; POTHIER, n. 224; TROPLONG, n. n. 258; MALLEVILLE, IV, bl. 86.

de onmisbaarheid van hetgeen tot het wezen der handeling behoort geen' invloed heeft.

543. De overeenkomst is krachteloos. Zoo er dus gevolg aan gegeven is, is dit ten onregte geschied; en zoo de vermeende renteheffer iets voor de lijfrente heeft betaald, kan hij dit, als onverschuldigd betaald, terugvorderen (1). Dit geldt in het algemeen, ook dan wanneer hij, die betaalde, wist, dat degene, op wiens lijf de rente gevestigd werd, reeds overleden was. DURANTON, die van eene andere meening is (2), beschouwt die betaling als eene schenking, geldig door de enkele overgave van hand tot hand; maar wat zoo duidelijk het karakter draagt van eene handeling onder bezwarenden titel, kan, wanneer het als zoodanig krachteloos is, niet in stand gehouden worden door het als eene schenking te beschouwen, wat het op zich zelf niet is en ook door zijne nietigheid niet worden kan. Het beroep van DURANTON op POTHIER, die eene schenking ziet in eene vestiging eener lijfrente onder bezwarenden titel tegen den gewonen stand der interessen, kan dan ook zeer weinig ter zake doen, omdat daarbij sprake is van de wijze, waarop eene geldige handeling kan of moet beschouwd worden, maar POTHIER daardoor geenszins aan eene nietige handeling kracht wil toekennen. Het spreekt overigens van zelf, dat hij, die eenige vordering wil gronden op het vroeger overlijden van den bedoelden persoon, dat overlijden bewijzen moet (3).

544 Volgens art. 1975 C. N. is de overeenkomst evenzeer nietig wanneer degene, op wiens lijf de lijfrente gevestigd werd, was aangetast door eene ziekte, waaraan hij binnen de twintig dagen na het aangaan der overeenkomst is overleden. Deze bepaling, door de schrijvers over het Fransche regt geprezen (4), werd ook bij de beraadslaging over ons B. W. wenschelijk geacht „om de geinteresseerde speculatiën voor te komen, waartoe het gemis van zoodanige bepaling aanleiding zoude kunnen geven." De Regering was echter van eene andere meening en wilde zich alleen tot het voorschrift van art. 1816 bepalen; zij achtte dit „billijker en minder onderhevig aan twistgedingen over den aard der ziekte, waaraan degene overleden mogt zijn, op wiens hoofd de rente is gevestigd" (5). ASSER verdedigt de weglating van art. 1975 C. N. breedvoeriger in dezer voege: „Men heeft vermeend, dat, wanneer de rente is bedongen ten behoeve van den overledene zelven, deszelfs erfgenamen door vermelde bepaling al ligtelijk de wettigheid der overeenkomst zouden

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 143; TROPLONG, n. 259; POTHIER, t. a. p. — (2) DURANTON, XVIII, n. 144. — (3) TROPLONG, n. 273. — (4) MALLEVILLE, IV, bl. 86 en v.; DURANTON XVIII, n. 146; TROPLONG, n. 262 en v. Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 260. — (5) VOORDUIN, V, bl. 397 en v. Verg. ASSER, § 845; DE PINTO, II, § 1006, bl. 479; 3e uitg. § 1066, bl. 593; LIPMAN, bl. 641.

kunnen aanranden, onder het voorwendsel, dat de erflater, die binnen de twintig dagen na het sluiten des contracts is overleden, ten tijde van het tot stand brengen daarvan reeds was aangetast door de ziekte, welke hem in het graf gesleept heeft; en het zoude alsdan den regter zeer moeijelijk vallen te bepalen, op welk stellig oogenblik die ziekte haren aanvang heeft genomen? of dezelve heeft voortgeduurd, dan wel is afgebroken? of dezelve reeds van den aanvang doodelijk was, dan wel gedurende haren loop van aard veranderd is? en meerdere vragen van dien aard, welker oplossing hoogstbedenkelijk is, tusschen de deskundigen zelven tot verschil van gevoelens aanleiding geven en veelal in willekeur ontaarden kan. Daarenboven strijdt het met de billijkheid, de erfgenamen als het ware in hun geheel te herstellen tegen eene handeling van hunnen erflater, door dezen vrijwillig verrigt op een oogenblik, toen hij door zijne ziekte of onpasselijkheid, zoo niet zijn einde nabij gevoelde, ten minste aan de kortstondigheid des menschelijken levens herinnerd werd. Indien, daarentegen, de rente is gevestigd op het lijf van eenen derde, die alzoo geen belang bij de zaak heeft, dan bestaat er nog minder reden voor den renteheffer om de vernietiging des contracts te vragen, aangezien het van hem heeft afgehangen, zich vóór het sluiten der overeenkomst te verzekeren, dat degeen, op wiens lijf hij eene lijfrente bedong, in eenen goeden welstand verkeerde; om niet te zeggen, dat zelfs de ongunstige staat der gezondheid van zoodanig persoon bij de partijen kan zijn in aanmerking gekomen, en invloed kan hebben gehad op de meerdere of mindere hoegrootheid der bedongene rente." En hij voegt er ten slotte bij, dat het van zelf spreekt, dat, wanneer er bedrog of verschalking heeft plaats gehad, de benadeelde uit dien hoofde in zijn geheel kan worden hersteld (1), en dat de overeenkomst evenzeer kan worden bestreden, wanneer uit de akte voortvloeit, dat de renteheffer het genot zijner verstandelijke vermogens niet bezat; doch dat onze wetgever het niet aannemelijk heeft geacht, om het overlijden binnen een zeker tijdvak van dengene, op wiens hoofd de rente gevestigd is, alleen en op zich zelf als eene oorzaak tot vernietiging der overeenkomst te erkennen.

545. Wij merken ten slotte nog aan, dat, wanneer de rente op het lijf van meer personen gevestigd is, de overeenkomst niet nietig is, omdat een dier personen ten tijde der overeenkomst was overleden (2). Wij zagen, dat bij zoodanige vestiging de dood van een' dier personen de lijfrente ook niet ten deele doet ophouden; ook het vroeger overlijden sluit dus het bestaan der lijfrente niet uit, het maakt deze slechts van het leven van minder personen afhankelijk.

---

(1) Verg. DE PINTO en LIPMAN, t. a. p. — (2) Verg. DURANTON, XVIII, n. 150; TROPLONG, n. 276; ZACHARIAE, II, § 388, bl. 35, n. 6.

546. Lijfrente kan, volgens art. 1817 B. W., tot zoodanig beloop van renten gesteld worden, als partijen goedvinden te bepalen. En dit moest noodwendig zoo zijn, omdat, daar de kans hier voornamelijk afhangt van den ouderdom, de gezondheid, ligchamelijke gesteldheid en levenswijze van den renteheffer, en zoo van den duur zijns levens, die echter nog van zoo vele bijkomende omstandigheden afhankelijk is en daardoor nog meer onzeker wordt gemaakt, de hoegrootheid der rente onmogelijk vooraf bij algemeenen regel kan worden bepaald, maar geheel aan partijen moet worden overgelaten, om haar te regelen naar de omstandigheden, waarin zij zich bevinden (1).

547. Zoo kan ook de rente bepaald worden op het gewone bedrag van renten, waartegen geld geleend wordt, of zelfs nog lager. Wij hebben reeds aangemerkt, dat er dan eigenlijk van geene kans-overeenkomst sprake is; maar dit verhindert de geldigheid der lijfrente zelve niet. Er heeft dan eene soort van schenking plaats, die wel, omdat zij geene eigenlijke schenking is, niet aan de voor die overeenkomst voorgeschreven vormen onderworpen, maar die toch vatbaar is voor vernietiging, zoo de bevoordeelde niet door de andere partij bevoordeeld worden mogt, en voor inkorting, zoo het wettelijk erfdeel is geschonden (2); terwijl te dien aanzien, volgens art. 969 B. W., alle vervreemding van eenig goed, onder den last eener lijfrente aan een der erfgenamen in de regte linie gedaan, als eene gift wordt beschouwd, onverschillig hoe hoog de rente zij gesteld.

548. In het algemeen zijn partijen geheel vrij ten aanzien der bepalingen, waaronder zij de lijfrente willen vestigen, en het zal niet noodig zijn, daaromtrent in bijzonderheden te treden. Slechts in één opzigt is die vrijheid door de wet beperkt. Men kan namelijk, volgens art. 1823 B. W., niet bedingen, dat eene lijfrente aan geene inbeslagneming onderworpen zal zijn, behalve wanneer ze om niet gevestigd is. Maar deze beperking was ook noodzakelijk en wordt even als hare uitzondering door de billijkheid geregtvaardigd. In het algemeen toch zijn alle goederen van den schuldenaar voor zijne persoonlijke verbindtenissen aansprakelijk en strekken zij tot een' waarborg voor de schuldeischers. Wanneer men nu echter die goederen aan eene inbeslagneming kon onttrekken, door daarvoor te zijnen behoeve eene lijfrente te vestigen, die aan geene inbeslagneming onderworpen zou zijn, zoo zou alle waarborg aan de schuldeischers worden ontnomen en daarmede alle verhaal tegen hunnen schuldenaar. Maar wanneer de lijfrente om niet gevestigd is, hetzij

---

(1) Pothier, n. 234; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 279; malleville, IV, bl. 87; duranton, XVIII, n. 152; troplong, n. 283 en v.; de pinto, II, § 1008, bl. 479; 3e uitg. § 1068, bl. 593 en v. — (2) Pothier, n. 239 en v.; duranton, XVIII, n. 155.

bij legaat, hetzij bij schenking, zoo is aan den eenen kant daardoor niets aan den waarborg der schuldeischers ontnomen, omdat de lijfrente hun' schuldenaar niets kost, en zij dus hun verhaal blijven behouden op de goederen, waarop zij dit zouden hebben, zoo de lijfrente niet gevestigd was; terwijl aan den anderen kant de erflater of schenker, die zijn legaat of zijne gift ook had kunnen achterwege houden, daaraan ook wel eene bepaling mogt toevoegen, waardoor het doel zijner bevoordeeling te beter wordt bereikt, zonder dat iemand zich over eenige benadeeling heeft te beklagen (1). In het laatste geval kan dus, volgens art. 756 W. v. B. R., op de lijfrente geen beslag gelegd worden.

549. De bepaling, dat eene lijfrente voor geene inbeslagneming vatbaar is, sluit intusschen de compensatie ten behoeve van den schuldenaar der rente niet uit, tenzij deze bepaaldelijk tot levensonderhoud is gelegateerd of geschonken en als zoodanig aan de inbeslagneming onttrokken (art. 1465, 3° B. W.) (2).

550. Volgens het Ontwerp van 21 October 1824 kon men niet bedingen, dat eene lijfrente onvervreemdbaar of aan geene inbeslagneming zal onderworpen zijn, ten ware ze om niet gevestigd zij. Naar die bepaling zou dan in het laatste geval de lijfrente onvervreemdbaar verklaard kunnen worden. Intusschen zijn bij eene nieuwe redactie de woorden *„onvervreemdbaar of”* weggelaten (3), en beslist dus nu art. 1823 niets omtrent de vraag, of eene lijfrente, die in het algemeen voor vervreemding vatbaar is (4), al of niet onvervreemdbaar kan worden verklaard. TROPLONG neemt ook te dezen aanzien dezelfde onderscheiding aan, en acht zoodanige onvervreemdbaar-verklaring geoorloofd, waar de lijfrente om niet, maar krachteloos, waar zij onder bezwarenden titel gevestigd wordt (5). Naar onze wetgeving zal intusschen deze leer geen' ingang kunnen vinden. Volgens art. 931 B. W. toch wordt de bepaling eener uiterste wilsbeschikking, waarbij de nalatenschap of het legaat, of wel een gedeelte daarvan, onvervreemdbaar is verklaard, voor niet geschreven gehouden, en deze bepaling is in art. 1712 B. W. ook op schenkingen toepasselijk verklaard. Eene lijfrente is dus vervreemdbaar, ook dan wanneer hare inbeslagneming is uitgesloten; en al is ook het tegendeel bepaald, zoo is toch die bepaling krachteloos.

(1) SCHÜLLER, op art. 1823 B. W.; POTHIER, n. 252; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 261 en v., 270; MALLEVILLE, IV, bl. 91; DURANTON, XVIII, n. 179; TROPLONG, n. 339 en v., 344. — (2) Zie hierboven VI, n. 935; verg. DURANTON, XVIII, n. 180. — (3) VOORDUIN, V, bl. 401 en v. — (4) TROPLONG, n. 337. — (5) TROPLONG, n. 346—348.

§ 3.

Regten en verpligtingen van den schuldeischer en den schuldenaar der lijfrente.

551. De renteheffer heeft het regt om de renten of interessen op de bepaalde tijden en termijnen te ontvangen zoolang degene, op wiens lijf de lijfrente gevestigd is, leeft, maar met diens leven houdt in den regel ook zijn regt op. De schuldenaar daarentegen is verpligt, de verschuldigde renten op de daarvoor bepaalde tijden zoolang te voldoen (1).

552. De renten der lijfrente zijn burgerlijke vruchten, die, even als art. 810 B. W. dit met het oog op vruchtgebruik bepaalt, van dag tot dag verkregen worden. Zoo heeft dan ook volgens art. 1822 *a* B. W. de renteheffer, of, gelijk de wet daar zegt, de eigenaar eener lijfrente (2), slechts een verkregen regt, — d. i. slechts een regt verkregen, of korter: slechts regt — op de lijfrente naar evenredigheid van het getal dagen, welke degene geleefd heeft, op wiens lijf de rente is gevestigd (3); maar over al die dagen heeft hij dan ook regt. Volgens art. 2897 Ontwerp van 1820 zou, wanneer de persoon, op wiens lijf de rente gevestigd is, sterft, nogtans de loopende rente op den eerstkomenden verschijndag ten volle betaald moeten worden, indien deswege niet uitdrukkelijk anders is bedongen (4). Onze wetgever heeft echter art. 1980 C. N. in dezen nagevolgd, hetwelk de rente meer bepaald aan het leven van den aangewezen persoon verbindt (5); wat intusschen niet belet, dat bij de vestiging der lijfrente eene bepaling in den geest van genoemd art. 2897 gemaakt kan worden (6).

553. Het regt op de rente wordt niet van uur tot uur, maar van dag tot dag verkregen, naar evenredigheid van het getal dagen,

(1) DURANTON, XVIII, n. 161, en ZACHARIAE, II, § 389, bl. 36, leggen den schuldenaar twee verpligtingen op: die tot betaling der verschenen renten en die tot het stellen der bij de overeenkomst bedongen zekerheid. Deze laatste verpligting rust echter niet op den schuldenaar eener lijfrente als zoodanig; zij is slechts eene bijkomende verpligting, voortvloeijende uit een bepaald beding der overeenkomst, en staat gelijk met alle andere verpligtingen, welke den schuldenaar der rente daarbij eveneens kunnen worden opgelegd. — (2) Het Ontwerp v. 21 October 1824 sprak van de erfgenamen van den renteheffer, en zag dus alleen op het geval, dat de lijfrente met het overlijden van den renteheffer ophield. VOORDUIN, V, bl. 400 en v. — (3) Art. 1980 C. N. spreekt van „jours, qu'il", d. i. le propriétaire, „a vécu." Hiervan geldt het gezegde in de vorige aanteekening. Verg. DURANTON, XVIII n. 173, in n.; TROPLONG, n. 334. — (4) Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 90. — (5) Verg. DURANTON, XVIII, n. 173; TROPLONG, n. 328; DE PINTO, II, § 1012, bl. 480; 3e uitg. § 1072, bl. 595. — (6) DURANTON, XVIII, n. 176.

welke degene geleefd heeft, zegt art. 1822 *a* B. W. De rente is dus alleen verschuldigd over de geheel verloopen dagen, niet voor een gedeelte van een dag, niet voor den dag waarop de aangewezen persoon gestorven is, voordat die nog geheel ten einde is geloopen (1).

554. Wanneer echter de overeenkomst medebrengt, dat de rente vooruit moet worden betaald, is, volgens art. 1822 *b* B. W., het regt op den geheelen termijn, die betaald had behooren te zijn, verkregen van den dag, waarop de betaling had moeten geschieden. Op zich zelve zou de rente, al moet zij ook vooruitbetaald worden, toch slechts verschuldigd zijn of worden over den tijd, gedurende welken degene, op wiens lijf zij gevestigd is, geleefd heeft; hetgeen meer vooruit is betaald, zou dus inderdaad nimmer verschuldigd zijn geworden en daarom als onverschuldigd kunnen worden teruggevorderd. DURANTON bestrijdt dan ook de bepaling van art. 1980 *b* C. N., met hetwelk ons art. 1922 *b* overeenstemt, omdat daarin is afgeweken van hetgeen naar den algemeenen regel zou moeten gelden (2). De wetgever verdient echter die afkeuring niet; hij heeft alleen, overeenkomstig de veronderstelde bedoeling der partijen en ter vereenvoudiging, aan het beding van vooruitbetaling eene meeromvattende kracht toegekend. En dit kon hij ook daarom veilig doen, omdat partijen, welke daaraan eene meer beperkte werking willen geven, dit uitdrukkelijk kunnen bepalen; in welk geval, hoezeer de wet hier niet van een beding van het tegendeel spreekt, hare overeenkomst natuurlijk in de plaats treedt der wettelijke bepaling, welke enkel in het belang der partijen, niet in dat der openbare orde is gemaakt. De wetgever neemt namelijk, voor het geval dat partijen haren wil niet nader bepaald, maar enkel vooruitbetaling der rente bedongen hebben, aan, dat zij daardoor tevens het regt op den vooruitbetaalden termijn onherroepelijk hebben willen toekennen (3).

555. Hij neemt dit intusschen slechts aan voor het geval, dat de overeenkomst vooruitbetaling medebrengt. Heeft deze zonder zoodanig beding, welligt op verzoek van den renteheffer, plaats gehad, zoo geldt dezelfde veronderstelling niet, en de schuldenaar kan dus terugvorderen, wat hij betaald heeft, maar nooit schuldig is geworden (4).

556. Het is voor de toepassing van art. 1822 *b* B. W. onverschillig, of de rente vóór het overlijden van hem, op wiens lijf zij gevestigd is, reeds werkelijk betaald of nog ten gevolge van het beding der vooruitbetaling verschuldigd is. De latere betaling moest

---

(1) TROPLONG, n. 335; ZACHARIAE, II, § 389, bl. 36, n. 1. Verg. hierboven IV, n. 62. — (2) DURANTON, XVIII, n. 174. — (3) Verg. TROPLONG, n. 330-333. — (4) In het Ontwerp, aan het Fransche Tribunat aangeboden, was dit uitdrukkelijk bepaald. Zie *Conf. du C. C.*, VI, bl. 267.

den schuldenaar geen voordeel bezorgen, en de wet spreekt daarom in het algemeen van den dag, waarop de betaling had moeten geschieden (1). Het spreekt voorts van zelf, dat de renteheffer of diens erfgenamen, behalve op den vooruitbetaalden termijn, geen regt meer kunnen hebben op de rente naar evenredigheid van het getal der dagen, welke hij, op wiens lijf de rente gevestigd is, nog heeft geleefd; deze toch zijn in den vooruitbetaalden termijn begrepen (2).

557. Er is beweerd, dat, wanneer vooruitbetaling is bedongen, de termijn niet is verschuldigd, tenzij degene, op wiens lijf de rente gevestigd is, den geheelen dag, waarop deze vervallen was, heeft geleefd en aan het einde van dien dag nog in leven was (3). Ik zou echter de juistheid dier stelling betwijfelen. Ik wil toestemmen, dat eene schuld, die op een bepaalden dag vervallen is, niet vóórdat die dag geheel is verloopen, en dus eerst op den volgenden dag kan worden opgeëischt (4); hieruit vloeit wel voort, dat ook de rente eerst dien volgenden dag kan worden *gevorderd*, maar het belet niet, dat zij reeds den vorigen dag *verschuldigd* is geworden. De renteheffer zal dan ook niet moeten bewijzen, dat de bedoelde persoon nog op dien volgenden dag in leven was; hij behoeft slechts te bewijzen, dat hij leefde *op* den dag, waarop de nieuwe termijn begon. Door dat leven bij den aanvang van den termijn is de rente verschuldigd geworden, omdat zij moet worden vooruitbetaald, en al komt hij nu ook in den loop van dien eersten dag te overlijden, zoo houdt de termijn, die eens verschuldigd is geworden, daardoor even weinig op verschuldigd te zijn, als wanneer hij later kwam te sterven.

558. De renteheffer kan, volgens art. 1824 B. W., de verschenen rente niet vorderen, dan door te doen blijken van het leven van hem, op wien de lijfrente gevestigd is (5). Hij kan niet volstaan met zich op den titel te beroepen, waarbij de lijfrente is gevestigd, en aan den schuldenaar over te laten, het bewijs te leveren van het te niet gaan der lijfrente door het overlijden van den bedoelden persoon. Zijn regt is niet onbepaald op dien titel, maar tevens op het leven van hem, op wiens lijf de rente gevestigd is, gegrond; dat leven is de voorwaarde, waarvan zijn regt afhangt, en het bestaan daarvan moet dus, overeenkomstig den algemeenen regel van art.

(1) Verg. *Conf. du C. C.*, VI, bl. 267 en v.; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 269 en v.; TROPLONG, n. 332. — (2) DURANTON, XVIII, n. 175. — (3) TROPLONG, n. 336; ZACHARIAE, II, § 389, bl. 36, n. 1. — (4) Verg. ook hierboven VI, n. 207. — (5) Art. 1834 Wetb. v. 1830 sprak, even als art. 1983 C. N., van zijn leven of het leven van dengene, op wien de lijfrente gevestigd is. Bij art. 8 der Wet v. 16 Junij 1833 (Sb. n. 46) is de tegenwoordige, kortere, maar even volledige redactie aangenomen. Zie VOORDUIN, V, bl. 402.

1902 B. W., door hem bewezen worden (1). Hij is daarvan slechts dan vrij, wanneer partijen met zoodanig doel de rente hebben gevestigd op het lijf van een' regerend vorst, of wel wanneer zij op het lijf van den schuldenaar zelven gevestigd is.

559. De wet vordert eenvoudig, dat hij van dat leven moet doen blijken, zonder nadere bepalingen te behelzen omtrent den vorm waarin, of de middelen waardoor dat bewijs moet worden geleverd. Hieruit volgt, dat in het algemeen alle wettige bewijsmiddelen ook hier zijn toegelaten, en dat het voldoende is, wanneer in geval van verschil de regter aanneemt, dat van het leven is gebleken (2). Het meest gewone bewijsmiddel zijn intusschen de zoogenaamde attestatiën de vita, waaromtrent het voldoende zij te verwijzen naar het Besluit van 23 Februarij 1814 (Sb. n. 28) (3). Wanneer de renteheffer ten gevolge der afwezigheid van dengene, op wiens lijf de rente gevestigd is, geen bewijs van zijn leven kan bijbrengen, dan kan hij ook de rente niet vorderen, behoudens zijn regt op de verschuldigde termijnen, zoo hij later kan bewijzen, dat de persoon op zekere tijdstippen nog heeft geleefd.

560. Met den dood van hem, op wiens lijf de rente gevestigd is, houdt de verpligting tot betaling der rente op, en hoe korte tijd er ook na de vestiging der rente verloopen zij, de renteheffer of zijne erfgenamen kunnen daarvoor geene vergoeding vragen van den schuldenaar. Wederkeerig kan ook deze op grond eener langdurige rentebetaling geene vermindering der rente vorderen; hij moet zich de nadeelen getroosten, die een gevolg zijn van de kans, welke hij op zich genomen heeft (4).

561. De renteheffer kan ook geene aflossing der rente vorderen. En eveneens kan, volgens art. 1821 B. W., de schuldenaar zich niet van de betaling der lijfrente ontheffen door de teruggave der hoofdsom aan te bieden, al wil hij ook afzien van de terugvordering der betaalde renten; hij is gehouden met de betaling der lijfrente voort te gaan, gedurende het geheele leven van den persoon of der personen, op wier lijf de rente gevestigd is, hoe bezwarend die betaling ook voor hem worden moge. De hoofdsom, die voor de lijfrente betaald is, is niet, zoo als bij eene leening op interessen, dat wat de schuldenaar verschuldigd is, dit is de rente zelve, te betalen gedurende het leven der personen, aan wier lijf zij is verbonden. Dit kan bezwarend worden, gelijk het in tegendeel ook eene zeer kortstondige verpligting zijn kan, geheel niet geëvenredigd aan

---

(1) POTHIER, n. 257; DURANTON, XVIII, n. 183; TROPLONG, n. 361; DE PINTO, II, § 1010, bl. 480; 3e uitg. § 1070, bl. 594; SCHÜLLER, op art. 1824 B. W. — (2) TROPLONG, n. 362. — (3) Ook bij VERNEDE, op art. 1824 B. W. — (4) Verg. TROPLONG, n. 285.

den ontvangen prijs; maar daarvoor is de overeenkomst van lijfrente eene kansovereenkomst. Liet de wet den schuldenaar toe de rente af te lossen of af te koopen, zoo zou de kans veel verminderen (1). En in het algemeen zou het wezen en het ware doel der lijfrente daardoor belemmerd worden.

562. Dit neemt intusschen niet weg, dat bij de vestiging der lijfrente het tegendeel bepaald, en de rente aflosbaar gesteld kan worden door teruggave der hoofdsom, of wel afkoopbaar tegen zoodanige andere som, als waarop dan naar de omstandigheden hare waarde geschat zal worden. Art. 1821 B. W., 'twelk bepaalt, wat in den regel en bij verondersteld gemis van eenig tegenstrijdig beding gelden zal, belet zoodanig beding niet. Dit strijdt ook niet met het wezen der overeenkomst, omdat het de kans wel verzwakt, maar geenszins opheft. De renteheffer kan dan zijn geld of een gedeelte daarvan terugkrijgen, en wordt misschien daardoor voor het vervolg in gelijken staat teruggebragt alsof er nooit eene lijfrente was gevestigd; de verbindtenis, die geldig bestond, wordt ontbonden ten gevolge eener bepaling, waaronder zij was ontstaan (2).

563. De rente is verschuldigd, gelijk art. 1821 B. W. zegt, gedurende het geheele leven van den persoon of de personen, op wier lijf zij is gevestigd. Zoo de renteheffer vroeger sterft, gaat zijn regt op zijne erfgenamen over; zoo hij langer leeft, is het evenwel te niet gegaan. Het is niet het leven van den renteheffer, waarop het hier aankomt, maar dat van hem, aan wiens leven de rente verbonden was (3). En of deze zijn natuurlijken dood of wel anders, b. v. door zelfmoord, gestorven is, doet aan de gevolgen voor de lijfrente niets af (4).

564. Met het verlangen des schuldenaars naar den dood van dien persoon heeft het regt niets te maken (5). Anders is het, wanneer de schuldenaar verder gaat en door zijn toedoen een einde maakt aan het leven, waaraan de rente verbonden was. Men heeft in zoodanige gevallen de bepaling van art. 1302 B. W. (art. 1184 C. N.) toegepast en de overeenkomst ontbonden (6). Ik zou echter de juistheid hiervan betwijfelen. Men kan toch eigenlijk niet zeggen, dat de schuldenaar daardoor, wat de lijfrente betreft — en hierop komt het aan, — niet aan zijne verpligting voldoet; hij betaalt haar immers gedurende het leven van den daarvoor aangewezen persoon, en behoeft niet meer. Liever zou ik art. 1401 B. W. toepasselijk ach-

---

(1) Verg. *O. N. et Mot.*, VI, bl. 268, 280; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 266 en v.; MALLEVILLE, IV, bl. 89 en v.; DURANTON, XVIII, n. 172; TROPLONG, n. 320 en v. — (2) Verg. TROPLONG, n. 324—327. – (3) TROPLONG, n. 350. — (4) TROPLONG, n. 357. — (5) TROPLONG, n. 351. — (6) TROPLONG, n. 352 en v. Verg. ZACHARIAE, II, § 390, bl.36, n. 3.

ten, en den schuldenaar noodzaken tot vergoeding der schade, door zijne onregtmatige daad veroorzaakt, en die vergoeding doen bestaan in de betaling van zoodanige geldsom, als, de ouderdom en ligchamelijke gesteldheid van den door zijn toedoen overledene in aanmerking genomen, aan de waarde der lijfrente op dat tijdstip geëvenredigd geacht moet worden. Dat de renteheffer niet behoort onder de in art. 1406 B. W. opgenoemde personen, doet niets ter zake; het geldt hier ook niet de toepassing van dat artikel; in allen gevalle valt de schuldenaar door zijne regtmatige daad geheel in de termen van art. 1401 B. W. (1).

565. De lijfrente kan echter ook nog door andere oorzaken ophouden verschuldigd te zijn, dan door den dood van hem, op wiens lijf zij gevestigd is. Zij kan dit, zoo zij aflosbaar of afkoopbaar is gesteld, door betaling of door aanbod van gereede betaling, gevolgd van bewaargeving, der voor de aflossing of afkooping verschuldigde som. Zij kan het verder door schuldvernieuwing en door kwijtschelding (2); zij kan het ook door verjaring. Zij gaat door verjaring te niet, wanneer gedurende dertig jaren, het tijdsverloop, waardoor alle regtsvorderingen verjaren, geene rente is betaald, hetzij doordien zij niet is opgevraagd, hetzij doordien de renteheffer niet kon doen blijken van het leven van hem, op wiens lijf de rente gevestigd is (3). De termijnen of interessen der lijfrente verjaren, volgens art. 2012 B. W., door een verloop van vijf jaren (4). Deze verjaring kan ook worden gestuit door eene aanmaning, al is zij ook vruchteloos gebleven. Maar de verjaring der lijfrente zelve wordt daardoor niet gestuit, omdat de aanmaning niet de lijfrente zelve, maar slechts de verschuldigde termijnen of interessen betreft (5).

566. De lijfrente kan ook te niet gaan door vernietiging der overeenkomst, waarbij zij is gevestigd, in het geval van art. 1818 B. W., volgens hetwelk degene, te wiens behoeve eene lijfrente bij bezwarenden titel is gevestigd, de vernietiging der overeenkomst vorderen kan, indien de schuldenaar hem de bedongen zekerheid voor hare nakoming niet bezorgt. Men behoeft juist niet in het algemeen die zekerheid, met DE PINTO, te beschouwen als de voorwaarde, waaronder de overeenkomst gesloten is, en die, niet vervuld wordende,

(1) Op deze wijze vervalt ook de zwarigheid, die bestaan zou, wanneer de lijfrente was verkregen voor een vruchtgebruik, den renteheffer vroeger toekomende. Verg. TROPLONG, n. 356. — (2) POTHIER, n. 258. — (3) POTHIER, n. 259, is in het laatste geval van eene andere meening, op grond van den regel: contra non valentem agere non currit praescriptio. Onze wetgever heeft dien regel ook wel in bepaalde voorschriften gehuldigd, maar niet zoo algemeen erkend, dat op grond daarvan de meening van POTHIER bij ons gegrond zou zijn. — (4) POTHIER, n. 254. — (5) DURANTON, XVIII, n. 184. Zie ook ZACHARIAE, II, § 390, bl. 37.

de vernietiging der overeenkomst medebrengt (1). Maar de schuldenaar voldoet niet aan eene verpligting, die hij bij de overeenkomst op zich heeft genomen, en die niet-vervulling is, overeenkomstig den algemeenen regel van art. 1302 B. W., in dit geval de ontbindende voorwaarde, wier bestaan regt geeft om ontbinding of vernietiging der overeenkomst te vorderen, zoo men zonder de bedongene zekerheid geen waarborg genoeg meent te hebben voor hare nakoming (2).

567. De wet geeft die bevoegdheid alleen wanneer de lijfrente bij bezwarenden titel is gevestigd, hetwelk van zelf eene vestiging bij overeenkomst in zich sluit. Waar zij dus gevestigd is bij wijze van legaat of door schenking, staat de schuldenaar, al bezorgt hij ook de bepaalde zekerheid niet, evenwel niet aan eene vordering tot vernietiging bloot (3); de renteheffer zou daarbij ook niets ter wereld kunnen winnen, wel verliezen. Dit belet hem echter niet, de zekerheid in regten te vorderen.

568. De wet geeft die bevoegdheid aan dengene, te wiens behoeve de lijfrente is gevestigd. In den regel is dit dezelfde, die ook den prijs der lijfrente heeft betaald, en dan bestaat er geene zwarigheid; de vernietiging der overeenkomst bezorgt hem dien prijs terug. Maar hoe, wanneer, overeenkomstig art. 1815 B. W., de lijfrente gevestigd is ten behoeve van een' ander dan die het geld geschoten heeft? Schüller merkt aan, dat hij, die de lijfrente ten behoeve van een' derde bedongen heeft, geen belang heeft bij het vorderen der vernietiging (4); men kan dit echter moeijelijk toestemmen, daar die vernietiging hem natuurlijk het uitgeschoten geld zou doen terugerlangen. Intusschen spreekt de wet enkel van dengene, te wiens behoeve de lijfrente gevestigd is, niet van hem, die haar voor zijn geld heeft gevestigd; zij spreekt daarvan in het algemeen, zonder eene uitzondering te maken voor het geval dat de rente ten behoeve van een' ander gevestigd is. Men schijnt daarom wel met Vernede te moeten aannemen, dat ook in dit geval de derde de vernietiging vragen kan, maar dat de hoofdsom aan dengene zal moeten worden afgelost, die den prijs voor de rente heeft betaald, ten ware het tegendeel mogt zijn bepaald (5). Voor het overige zie ik ook in de geschiedenis van het op dit punt gelijkluidend art. 1977 C. N. niets, wat de gebezigde uitdrukking nader verklaart.

569. De vernietiging kan gevorderd worden, indien de schuldenaar de bedongene zekerheid niet bezorgt. In de eerste plaats is het dus noodig, dat er zekerheid bedongen zij, en vervolgens, dat zij niet wordt

---

(1) De Pinto, II, § 1009, bl. 480; 3e uitg. § 1069, bl. 594. Verg. Schüller, op art. 1818 B. W. — (2) Verg. Pothier, n. 228; Troplong, n. 289; Duranton, XVIII, n. 162. — (3) Troplong, n. 303. — (4) Schüller, op art. 1818 B. W. — (5) Vernede, op art. 1818 B. W., n. 2.

bezorgd. Dat de bedongen zekerheid geen genoegzamen waarborg oplevert, is geen grond van vernietiging, zoo zij maar gegeven wordt (1). Aan den anderen kant is het onverschillig, om welke reden zij niet bezorgd wordt, hetzij dit ligt aan de onmagt of wel aan den onwil des schuldenaars. In den regel behoeft zeker de renteheffer zich ook met geene andere dan de bedongene zekerheid tevreden te stellen. Dat hij echter de vernietiging zou kunnen vragen, zoo dikwijls die bepaalde zekerheid, die bedongen is, niet wordt bezorgd, al wordt hem ook eene andere, niet minder voldoende, aangeboden (2), zou ik zeer betwijfelen. Dit komt mij voor noodeloos streng te zijn, terwijl de bedongen zekerheid toch slechts als zekerheid bedongen is, en het voor den renteheffer genoeg is als maar een voldoende waarborg is gegeven.

570. Wanneer de bedongen zekerheid gegeven, maar later voor een deel te niet gegaan of in waarde verminderd is, zonder toedoen of schuld van den schuldenaar, dan is dat geen grond om vernietiging te vorderen (3). Anders is het wanneer de gestelde zekerheid door toedoen van den schuldenaar zelven verminderd is. Ofschoon art. 1818 B. W. daarvan niet spreekt, mag men evenwel veilig zoodanige vermindering met het niet bezorgen der zekerheid gelijk stellen (4). Men zij echter in de toepassing hiervan niet te streng, en bepale die tot zoodanige gevallen, waarin de gestelde zekerheid werkelijk door den schuldeischer verminderd is (5). Ik zou daarom zwarigheid maken om met VERNEDE aan te nemen, dat de renteheffer vernietiging vragen kan, wanneer de schuldenaar zijne goederen met hypotheek bezwaart, zoo die goederen tot zekerheid der lijfrente waren verbonden (6). Dit laatste kan toch niet plaats hebben zonder dat de goederen tot zekerheid der lijfrente met hypotheek zijn bezwaard; maar dan wordt die zekerheid door eene tweede of verdere hypotheek niet verminderd, zij blijft haren rang behouden, en daarmede ook de waarde aan dien rang verbonden. Is echter de bedoeling, dat vernietiging gevraagd kan worden, wanneer hypotheek tot zekerheid der lijfrente beloofd was, maar de schuldenaar de goederen eerst met eene andere hypotheek bezwaart en dus aan den renteheffer slechts eene latere hypotheek kan geven dan bedongen, of althans bij het beding blijkbaar bedoeld was, zoo schijnt het niet twijfelachtig te zijn, dat de bedongene zekerheid niet wordt bezorgd en dus art. 1818 *a* B. W. zijne toepassing vindt.

---

(1) ZACHARIAE, II, § 390, bl. 36, n. 5. — (2) DURANTON, XVIII, n. 162. — (3) TROPLONG, n. 295; ZACHARIAE, II, § 390, bl. 36, n. 6. — (4) DURANTON, XVIII, n. 163; TROPLONG, n. 291; ZACHARIAE, II, § 390, bl. 36, n. 6. — (5) Verg. TROPLONG, n. 292 en v. — (6) VERNEDE, op art. 1818 B. W., n. 3.

571. Men mag met grond aannemen, dat de schuldenaar, ook na de vordering des renteheffers, de vernietiging zal kunnen voorkomen, door nog de bedongen zekerheid te stellen of de verminderde te herstellen (1). Men kan dit met des te meer grond, nu onze wetgever in art. 1810 B. W. ook den schuldenaar eener altijddurende rente uitdrukkelijk de gelegenheid gegeven heeft om zich daardoor van de verpligting tot aflossing te ontheffen. Bij gebreke van zoodanige bepaling zal het intusschen niet vrijstaan, die bevoegdheid ook hier aan denzelfden termijn te verbinden; liever zou ik stellen, dat die bevoegdheid bestaat tot aan het vonnis, mits de schuldenaar al de kosten betale van het proces.

572. Wanneer de schuldenaar de verschenen renten heeft betaald, zoo zal het overlijden van hem, op wiens lijf de rente was gevestigd, de vordering tot vernietiging wegens het niet bezorgen der bedongen zekerheid opheffen (2). De renteheffer heeft nu geen belang meer bij de zekerheid, omdat de rente zelve niet meer verschuldigd is, en hij moet, nu de kans voor hem nadeelig is afgeloopen, geen grond tot vernietiging der overeenkomst vinden in een verzuim, dat hij stilzwijgend heeft gedoogd, totdat het voor hem geheel onverschillig moest zijn. Algemeen wordt aangenomen, dat, ook na het instellen der vordering, het overlijden van hem, op wiens lijf de rente was gevestigd, den eisch zou doen vervallen (3). Dit komt mij echter voor het minst twijfelachtig voor. Dat de vernietiging niet van regtswege plaats heeft, spreekt van zelf, maar doet, mijns inziens, in dezen minder af. Dat de schuldenaar ook nog hangende het geding de bedongen zekerheid kan stellen, en daardoor de vernietiging voorkomen, zoo hij dat tempore utili deed, terwijl de zekerheid nog doel kan treffen, doet, mijns bedunkens, mede minder af; de gegrondheid toch der vordering tot vernietiging is daarom niet afhankelijk van de voorwaarde, dat de schuldenaar niet nog later de zekerheid geeft, maar is gelegen in de omstandigheid, dat die zekerheid niet is gegeven. Dat deze door dat overlijden overbodig is geworden, is waar; ik zou hierin dan ook eene reden zien om te beweren, dat de schuldenaar haar nu niet meer geven kan; maar het belang van den schuldenaar, om vernietiging te vragen, houdt daardoor niet op; en de regtsvordering, die gegrond was toen zij werd ingesteld, wordt door dat overlijden niet ongegrond, terwijl daardoor aan den anderen kant het verzuim van den schuldenaar niet wordt gezuiverd. Dat verzuim bestond te zijnen laste, en hij mag nu ook de nadeelige gevolgen daarvan ondervinden.

---

(1) TROPLONG, n. 296; ZACHARIAE, II, § 390, bl. 36. — (2) POTHIER, n. 229; DURANTON, XVIII, n. 165. — (3) POTHIER, n. 229; DURANTON, XVIII, n. 166; TROPLONG, n. 297; ZACHARIAE, II, § 390, bl. 36.

573. In geval van vernietiging moet al, wat voor de rente is betaald, worden teruggegeven. De schuldenaar is bovendien, volgens art. 1818 *b* B. W., gehouden de achterstallige (1) bedongen renten te betalen tot den dag toe, waarop de hoofdsom zal zijn afgelost. Onze wetgever heeft dit uitdrukkelijk bepaald, uit vrees dat anders degene, die tot de aflossing veroordeeld is, zou kunnen beweren, slechts de wettelijke interessen verschuldigd te zijn (2). In die bepaling ligt dan ook genoegzaam opgesloten, dat de schuldenaar de reeds betaalde renten niet kan terugvorderen voor zoo ver zij de wettelijke interessen te boven gaan. En het een en het ander is billijk, omdat dit meerdere in verband staat met de onzekere kans, die tot op de vernietiging der overeenkomst bestond (3); ofschoon de bepaling der bedongen renten misschien liever had moeten eindigen met de vernietiging der overeenkomst, dan met de aflossing der hoofdsom, omdat over den tusschenbeide liggenden tijd geene onzekere kans meer bestaat, en dus de grond voor de hoogere renten heeft opgehouden (4).

574. Het in art. 1818 B. W. bedoeld geval is het eenige, waarin vernietiging of ontbinding der overeenkomst gevraagd kan worden. Men zou naar den algemeenen regel van art. 1302 B. W. de bevoegdheid daartoe in de eerste plaats veronderstellen in geval van wanbetaling der verschenen renten; maar art. 1819 B. W. zegt uitdrukkelijk, dat wanbetaling der verschenen lijfrente den renteheffer geen regt geeft om aflossing van de hoofdsom of teruggave van het door hem daarvoor afgestane goed te vorderen. De reden, door SCHÜLLER hiervoor opgegeven, schijnt niet voldoende te wezen (5). Het moge waar zijn, dat de lijfrente niet de interest van de betaalde hoofdsom of de huurprijs van het afgestane goed is, maar de kooprijs, waarvoor die hoofdsom of dat goed is gekocht; doch wanneer de grond van art. 1819 nu daarin gelegen was, dat de renteheffer, zoo hij ontbinding vragen kon, eigenlijk het verkochte zou herkrijgen en bovendien het reeds ontvangen gedeelte van den kooprijs behouden, dan zou ook de vordering tot ontbinding wegens wanbetaling voor elken verkooper moeten zijn verloren gegaan, die een gedeelte van d en kooprijs had ontvangen. SCHÜLLER ziet dan ook zelf in onze bepaling althans eenigermate eene afwijking van den algemeenen

---

(1) Ook hier had dit woord wel, even als in art. 1819, in *verschuldigde* mogen veranderd zijn. Verg. VOORDUIN, V, bl. 399. — (2) ASSER, § 846. Verg. LIPMAN, bl. 541. — (3) Verg. POTHIER, n. 230; DURANTON, XVIII, n. 164; TROPLONG, n. 298 en v.; ZACHARIAE, II, § 390, bl. 36 en v. Zie echter ook MALLEVILLE, IV, bl. 87 en v. — (4) Zie ook DURANTON, XVIII, n. 167. — (5) SCHÜLLER, op art. 1819 B. W. Zie gelijke en andere gronden bij DURANTON, XVIII, n. 168; TROPLONG, n. 304—309; ZACHARIAE, II, § 388, bl. 35, n. 1; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 261, 280.

regel. Dat het de zekerheid der overeenkomsten schaden zou, zoo om een gering verzuim ontbinding kon worden gevraagd, kan almede weinig afdoen; omdat het niet aanwijst, waarom juist hier van den gewonen regel moest worden afgeweken, terwijl deze ook in art. 1809 ten aanzien der altijddurende rente is gehandhaafd. Dat het hard zou zijn, den schuldenaar tot aflossing of teruggave te noodzaken, omdat hij welligt jaren lang de verschenen termijnen, en dus meer dan de gewone interessen, had betaald, verliest, geloof ik, veel van zijne kracht, wanneer men bedenkt, dat toch de wet zelve in art. 1818 vernietiging toelaat wegens het niet bezorgen der bedongen zekerheid, en dan den schuldenaar verpligt tot betaling der volle verschuldigde renten tot aan de aflossing der hoofdsom; men zou bovendien, zoo men tot geene geheele teruggave had willen verpligten, die verpligting hebben kunnen wijzigen naar de waarde, waarop de lijfrente ten tijde der vordering kan worden geschat. Het onzekere, aan de kansovereenkomst als zoodanig verbonden, schijnt almede geen afdoende grond om haar in stand te doen blijven niettegenstaande wanbetaling, waardoor de schuldenaar eener lijfrente evenzeer als ieder ander schuldenaar te kort komt in het vervullen zijner verpligting, en die bij deze verbindtenis even weinig als bij eene andere kan worden toegelaten, omdat ook zij, even als anderen, eene verbindtenis tot betaling is, en zonder deze hare strekking mist. Hoe het zij, de wetgever heeft de zaak beslist; er kan wegens wanbetaling geene ontbinding gevraagd worden: het komt er maar op aan, of desniettemin voor den renteheffer voldoende is gezorgd.

575. Ik geloof, dat men dit met het oog op onze wetgeving niet kan beweren. Volgens art. 1978 C. N. kon de renteheffer de goederen van den schuldenaar doen in beslag nemen en verkoopen, en van den kooppRijs op regterlijk bevel of met toestemming van den schuldenaar eene voldoende som tot betaling der verschuldigde renten gebruiken. Onze wetgever geeft hem in art. 1819 B. W. het regt om zijnen schuldenaar voor de verschuldigde renten aan te spreken en uit te winnen, en om zekerheid te vragen voor de vervallen renten. ASSER merkt aan, dat ons artikel eenvoudiger en duidelijker is opgesteld, en schijnt het als eene verbetering te beschouwen, dat nevens de bevoegdheid, om den schuldenaar voor de verschuldigde rente aan te spreken en uit te winnen, het regt is toegekend om zekerheid te vragen voor de te vervallen renten (1). Ik twijfel zeer, of onze wetgever om die afwijking van zijnen voorganger lof verdient. Van eene duidelijker en eenvoudiger redactie kan kwalijk sprake zijn, waar geheel iets anders is bepaald. Het regt, om den

(1) ASSER, § 847.

schuldenaar voor de verschuldigde renten aan te spreken en uit te winnen, behoefde den renteheffer hier niet uitdrukkelijk te worden toegekend; hij heeft dit van zelf; zijne bevoegdheid hiertoe ligt voldoende daarin opgesloten, dat het *verschuldigde* renten zijn. Art. 1978 C. N. bepaalde dan ook geheel iets anders, en zag niet alleen op reeds verschuldigde renten, maar ook op die, welke nog vervallen zouden. Ten aanzien van deze is de bevoegdheid om zekerheid te vragen niet gevoegd bij-, maar in de plaats gekomen van hetgeen de C. N. toekende. Dit laatste was echter een meer gereed, en daarom meer afdoend middel, daar de renteheffer kon beginnen met inbeslagneming en verkoop, terwijl bij ons slechts zekerheid gevraagd kan worden, die wel is waar bij weigering van den schuldenaar door den regter kan worden bevolen, maar niet dan na eene deswege gevoerde procedure, gedurende welke de schuldenaar zich welligt van zijn vast goed heeft kunnen ontdoen, of wel het zoodanig heeft kunnen bezwaren, dat het geene zekerheid voor den renteheffer meer geven kan. In allen gevalle kan het middel, dat onze wetgever den renteheffer aan de hand geeft, hem even weinig baten als dat van art. 1978 C. N., wanneer de schuldenaar geene goederen heeft, die tot zekerheid voor hem verbonden kunnen worden. Andere toch dan zakelijke zekerheid zal van een onwilligen schuldenaar wel niet te krijgen zijn.

576. Wij merken voorts ten aanzien der in art. 1819 bedoelde zekerheid aan, dat zij schijnt gevraagd te kunnen worden tot zoodanig bedrag, dat de gewone rente daarvan voldoende is tot betaling der telkens verschenen lijfrenten (1). Anders zou er geene zekerheid zijn voor de te vervallen renten, met instandhouding tevens der gestelde zekerheid.

577. Gelijk art. 1818 B. W. slechts te pas komt, waar zekerheid bedongen is, zoo geldt art. 1819 slechts waar het tegendeel niet is bedongen. Wel zijn er, die beweren, dat de renteheffer ook bij overeenkomst geen regt kan bedingen, om in geval van wanbetaling ontbinding te vorderen (2), maar dit schijnt niet gegrond. Dat zulk een beding in strijd zou zijn met het wezen der overeenkomst, waarbij de renteheffer het geld of goed onherroepelijk heeft vervreemd, schijnt kwalijk vereenigbaar met den algemeenen regel van art. 1302 B. W., tenzij men bewijze, dat eene onherroepelijke vervreemding juist tot het wezen van deze overeenkomst, in tegenstelling van alle andere, behoort. Dat de wet wegens wanbetaling geen regt van ontbinding toekent, of zelfs dit regt ontzegt, is almede geen bewijs,

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 171; ZACHARIAE, § 390, bl. 37. — (2) DE PINTO, II, § 1010, bl. 480; 3e uitg. § 1070, bl. 594; VERNEDE, op art. 1819 B. W.; DURANTON, XVIII, n. 169.

dat daarvan niet door partijen zou kunnen worden afgeweken. De Fransche wetgever heeft, blijkens de geschiedenis van art. 1978 C. N., partijen zoodanige bevoegdheid wel toegekend, maar gedacht, dat zij geene uitdrukkelijke erkenning in de wet behoefde. Het bedoeld beding strijdt noch tegen de goede zeden, noch tegen de openbare orde; het is enkel eene afwijking van eene bepaling, die in het belang der partijen zelve is gemaakt (1).

578. Wanneer ten gevolge van een gemaakt beding de overeenkomst wegens wanbetaling vernietigd wordt, is het mogelijk, dat ook het gevolg daarvan nader bij dat beding geregeld is, en geldt dit dan tusschen partijen voor wet. Anders moet de schuldenaar teruggeven, wat hij voor de lijfrente ontvangen heeft, en houdt hij op deze voor het vervolg verschuldigd te zijn; maar wegens de betaalde termijnen kan niets worden teruggevorderd, ook niet voor zoo ver ze de wettelijke interessen te boven gaan. Dit wordt ook bevestigd door art. 1818 *b* B. W. Bovendien moet men de terugbrenging der zaak in den vorigen staat niet al te streng doordrijven; de overeenkomst heeft, zoolang ze gold, als kansovereenkomst gegolden, en de schuldenaar, die nu eenigen tijd hoogere renten heeft betaald, had ook de kans om spoedig door het overlijden van hem, op wiens lijf de rente gevestigd was, geheel daarvan bevrijd te worden (2).

579. Ten aanzien der wanbetaling zij nog aangemerkt, dat het onverschillig is, of zij een gevolg is van onvermogen of wel van onwil of verzuim van den schuldenaar (3).

580. Art. 1819 B. W. is, ook blijkens de woorden der wet, zoowel toepasselijk wanneer de lijfrente de prijs is van eenig daarvoor verkocht goed, als wanneer eene som gelds als prijs der lijfrente is betaald (4). Ook is blijkbaar bedoeld het geval, dat de lijfrente bij bezwarenden titel is verkregen. Dit is mogelijk, ook zonder dat de overeenkomst juist eene kansovereenkomst zij; wegens de algemeenheid der bepaling zou ik echter zwarigheid maken om in zoodanig geval het artikel niet toepasselijk te verklaren (5). Waar de lijfrente bij schenking gevestigd is, zal eene vernietiging in den regel door den renteheffer niet verlangd worden; waar zij als een last aan eene schenking was verbonden, geloof ik, dat de vernietiging almede door art. 1819 is uitgesloten (6). Anders is het, waar eene reeds bestaande lijfrente is vervreemd tegen een prijs in eens of tegen opvolgende praestatiën. Bij gebreke van voldoening van deze, kan die

(1) Verg. *Conf. du C. C.*, bl. 265; MALLEVILLE, IV, bl. 89; TROPLONG, n. 310 en v.; ZACHARIAE, II, § 390, bl. 37 en n. 3. — (2) Verg. TROPLONG, n. 316. — (3) ZACHARIAE, II, § 390, bl. 37, n. 2. — (4) TROPLONG, n. 315. — (5) Zie TROPLONG, n. 313. — (6) Zie echter TROPLONG, n. 312.

vervreemding vernietigd worden, zonder dat art. 1819 dit belet, waar toch een geheel ander geval bedoeld wordt (1).

581. Ook wanneer de schuldenaar in staat van faillissement of kennelijk onvermogen is verklaard, houdt daardoor de lijfrente niet op verschuldigd te zijn. Zij wordt dan, volgens art. 1820 B. W., verminderd naar evenredigheid der overige, d. i. der gewone, niet door voorregt, pand of hypotheek verzekerde schulden (2). Wanneer alzoo voor die schulden slechts vijftig ten honderd wordt uitbetaald, ondergaat ook de renteheffer dezelfde vermindering, niet door de helft van zijn uitgeschoten kapitaal terug te erlangen, maar door voortaan de helft der bedongen rente te bekomen (3). De boedel is, volgens art. 1820 B. W., verpligt, den renteheffer het genot der alzoo verminderde lijfrente te verzekeren. Ook art. 885 *b* W. v. K. schrijft voor, dat de vereischte voorzieningen zullen worden getroffen, ten einde aan het voorschrift van art. 1820 B. W. gevolg worde gegeven. Nadere bepalingen zijn omtrent die voorzieningen niet gemaakt; den regter is daardoor vrijheid gelaten, te handelen zoo als hem 't meest doelmatig schijnt. In allen gevalle moet echter een gedeelte van het actief des boedels worden afgezonderd en belegd, ten einde uit de vruchten daarvan de verminderde rente worde voldaan tot aan het overlijden van hem, op wiens lijf de lijfrente is gevestigd, waarna ook het afgezonderd gedeelte des boedels onder de overige schuldeischers kan worden verdeeld (4).

AFDEELING III.

Van spel en weddingschap.

§ 1.

Begrip van spel en weddingschap.

582. Wij behoeven hier niet te treden in eene beschouwing van het spel in het algemeen en van zijne zedelijke waarde of onwaar-

---

(1) TROPLONG, n. 314. — (2) VOORDUIN, V, bl. 399. — (3) ASSER, § 848; DE PINTO, II, § 1011, bl. 480; 3e uitg. § 1071, bl. 594. — (4) ASSER, § 848; DE MARTINI, SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1820 B. W.; ASSER c. s., op art. 885 W. v. K.

de (1); wij hebben het enkel te beschouwen in betrekking tot het burgerlijk regt, en de omstandigheid, dat daaraan slechts zeer beperkte regtsgevolgen zijn toegekend, vereenvoudigt nog de behandeling van het onderwerp. Bepaaldelijk hebben wij daarmede alleen te doen, voor zoo ver het doel der partijen zich niet uitsluitend bepaalt tot het spel zelf, maar daardoor ook zal worden gewonnen of verloren.

583. Hetzij men het spel zelf eene overeenkomst wil noemen, hetzij men liever wil spreken van eene speelovereenkomst, contrat du jeu, afgescheiden van de handeling, het spel zelf, dat daarop is gegrond en daardoor wordt geregeld, altijd is daarbij eene, hetzij dan uitdrukkelijke, hetzij geheel stilzwijgend aangegane overeenkomst op te merken, waarvan de mogelijke regtsgevolgen van het spel het uitvloeisel zijn, en het is daarom, dat het spel onder de kansovereenkomsten kan en moet worden behandeld. Men kan haar omschrijven als eene kansovereenkomst, tusschen twee of meer personen aangegaan, om de eene partij te doen winnen en de andere te doen verliezen, naarmate de afloop van de onzekere kans der handeling den een of den ander gunstig zal zijn, en waarbij zij over en weer aannemen, dat de verliezende partij aan de winnende zal afgeven, of toelaten, dat deze uit het vooraf bijeengebragte voor zich neme, wat zij heeft gewonnen. Deze omschrijving, waarin ik gemeend heb van de gewone bepalingen (2) te moeten afwijken, komt mij voor het begrip aan den eenen kant meer bepaald, aan den anderen kant meer omvattend uit te drukken, en in beide opzigten overeenkomstig de bedoeling der wet en de algemeene regtskundige opvatting te zijn.

584. Vooreerst wordt meestal gesproken van twee of meer spelers, of wel van twee of meer personen, die spelen, „qui se livrent à un jeu." Maar de vraag blijft hierbij over, wat zijn spelers? wat is een spel? En toch mag ook bij de uitlegging en toepassing der wet deze vraag niet onbeantwoord blijven, omdat daarvan moet afhangen, of zekere handeling valt in de termen van art. 1825 B. W., en of wegens haar eene regtsvordering kan worden ingesteld, dan wel of deze niet-ontvankelijk is, omdat de wet ter zake eener uit

(1) POTHIER behandelt, in het eerste hoofdstuk van zijn *Traité du contrat du jeu*, de vraag „si le jeu est mauvais par le droit naturel." In eene eerste afdeeling het spel op zich zelf beschouwende, vraagt hij vooreerst: of het spel op zich zelf verwerpelijk is, en daarna, onder welke voorwaarden alleen het als regtvaardig beschouwd kan worden. In de tweede afdeeling behandelt hij het spel in betrekking tot het doel, dat daarmede wordt beoogd. — Een geschiedkundig overzigt vindt men bij J. A. MOLSTER, *Iets over spel en weddingschap* (Amst. 1859), bl. 12 en v. — (2) Verg. b. v. POTHIER, n. 1; DURANTON, XVIII, n. 100; TROPLONG, n. 27; ZACHARIAE, II, § 386, bl. 33; v. ASSEN, § 390, bl. 426. Zie voorts MOLSTER, bl. 28 en v.

spel voortgesproten schuld geene regtsvordering toestaat. Ik meen het kenmerk van spel hierin te zien, dat de handeling der partijen daartoe strekt, dat de een zal winnen, de ander verliezen, naarmate de onzekere kans der handeling voor den een of voor den ander gunstig zal afloopen. Wij moeten hierop terstond nog nader terugkomen.

585. Verder komt het mij voor, dat men, hetzij met, hetzij zonder nadere aanwijzing van spel of spelers sprekende, het eigenaardige van deze overeenkomst niet genoeg doet uitkomen, en haar niet genoegzaam van de kansovereenkomst in het algemeen heeft onderscheiden (1). Spreekt men toch van eene overeenkomst, waarbij twee of meer personen zich verbinden om bij de onzekere kans van winnen of verliezen een zeker goed of eene somme gelds door de verliezende aan de winnende partij te doen geven; of zegt men, dat de verliezende partij aanneemt iets te geven aan de winnende, om deze schadeloos te stellen voor het gevaar, dat zij zelve loopt om de verliezende te zijn, zoo zal dit ook op andere kansovereenkomsten kunnen worden toegepast. Door de zoo even aangeduide strekking echter wordt het eigenaardige van deze overeenkomst aangewezen. Bij elke kansovereenkomst hangt de uitkomst met betrekking tot voor- of nadeel, hetzij voor alle, hetzij voor eenige der partijen, van eene onzekere gebeurtenis af, en die onzekere uitkomst is gewoonlijk de reden, waarom elke kansovereenkomst wordt aangegaan. Maar terwijl andere kansovereenkomsten worden aangegaan met het oog op eene van den wil der partijen onafhankelijke gebeurtenis, ten aanzien waarvan de eene zich veelal wil waarborgen tegen mogelijk gevaar, en de andere dat gevaar overneemt, ligt aan het spel geene bepaalde onzekere gebeurtenis ten grondslag, maar scheppen partijen zich juist in en door het spel eene onzekere kans, om door die willekeurig geschapene onzekerheid zich de mogelijkheid te verschaffen om te winnen of te verliezen (2). De geheele handeling strekt, en de overeenkomst wordt enkel aangegaan, — de zucht naar gezelligheid en genoegen daargelaten — om de eene partij te doen winnen en de andere te doen verliezen.

586. Aan den anderen kant schijnt in onze omschrijving het begrip

(1) Zoo is, Amsterdam 9 Mei 1845, *R. B.*, VII, bl. 628, overwogen, „dat de wet, in den regel alle actie uit de overeenkomst van spel en weddingschap weigerende, zelve de uitzonderingen aanwijst, waarin zij aan aleatoire contracten regtsvervolgingen toekent, zoo als assurantie, lijfrente enz., doch onder die uitzonderingen niet mede opnemende deze soort van contracten ter beurze, de algemeenheid van het verbod ook op dezelve doet kleven." Deze voorstelling schijnt echter niet vrij te zijn van verwarring van begrippen. Het onjuiste daarvan is dan ook reeds aangeduid door mr. A. S. VAN NIEROP, in *R. B.*, VII, bl. 720. — (2) Verg. ook PORTALIS, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 252 en v.

van spel wat meer omvattend, dan dit in het gewone spraakgebruik pleegt te worden opgevat. Het omvat iedere handeling, die strekt om den een te doen winnen en den ander te doen verliezen, naarmate de onzekere kans voor dezen of voor genen gunstig afloopt. Hetgeen men gewoon is spel te noemen, is, al is dan ook het genoegen, dat de spelers daarvan bovendien verwachten, zijne voornaamste aanleiding, zoo het om geld of iets dergelijks plaats heeft — en anders heeft de wet er niet mede te maken — inderdaad zoodanige handeling, en wij meenen daarom elke zoodanige handeling als spel te kunnen beschouwen, en de bepalingen omtrent spel daarop te kunnen toepassen.

587. Daartoe meenen wij dan ook te moeten brengen de speculatiën op den hoogeren of lageren prijs van effecten en koopwaren, waar die in de bijzondere voorkomende gevallen enkel zoodanige strekking blijken te hebben. Er zijn, die zoodanige handelingen als weddingschappen beschouwen (1), gelijk zij ook in art. 422 C. P. „paris" genoemd worden; maar daartoe zou men, mijns bedunkens, aan weddingschap een ander begrip moeten hechten, dan gewoonlijk geschiedt. De bedoelde handelingen vallen niet in de bepaling, die van weddingschap pleegt gegeven te worden. Hierom misschien schijnen sommigen in de onzekere kans, aan die handelingen verbonden, in haar aleatoiren aard, een voldoenden grond gevonden te hebben om de bepalingen van art. 1825 en v. B. W. daarop toe te passen. Maar die bepalingen regelen slechts bepaalde soorten van kansovereenkomst, terwijl de wet zelve aan andere kansovereenkomsten volledig gevolg in regten toekent; het aleatoire kan dus op zich zelf geen grond voor die toepassing zijn. Dikwijls ook zijn die handelingen geacht te moeten beschouwd worden als „spel en weddingschap" (2). Maar ofschoon de wet spel en weddingschap tezamen behandelt en geheel op ééne lijn stelt, volgt daaruit evenwel geenszins, dat beide in haar oog hetzelfde zijn; het tegendeel blijkt bepaaldelijk, daar zij in het opschrift dezer afdeeling van spel *en* weddingschap spreekt en in art. 1825 van eene schuld *uit spel* OF *uit weddingschap* voortgesproten. De schrijvers plegen ook spel en weddingschap te onderscheiden en daarvan verschillende bepalingen te geven; gelijk trouwens ook in het gewone spraakgebruik aan beide een verschillend begrip wordt gehecht. Maar dan kan het ook niet naauwkeurig zijn, de bedoelde speculatiën tot „spel en weddingschap" te brengen. Het zou zelfs eenigzins den schijn hebben, alsof men, met de qualificatie verlegen zijnde, van spel en wedding-

---

(1) Zie TROPLONG, over effecten, n. 97 en v.; over koopwaren, n. 152; over speculatiën op het leven van iemand, n. 153–170. – (2) Zoo b. v. v. NIEROP, in *R. B.*, VII, bl. 720.

schap beide spreekt, om de ongunstig beoordeelde speculatiën des te veiliger te kunnen brengen tot de alzoo wat ruimer gestelde soort van kansovereenkomsten, waarop de wet geene regtsvordering toekent. Het is echter duidelijk, dat ze óf tot spel óf tot weddingschap gebragt moeten kunnen worden, zullen de bepalingen dezer afdeeling daarop toepasselijk zijn, en dat, zoo ze niet tot één van beide behooren, ze dan ook niet tot beide tegelijk gebragt kunnen worden, en slechts in de termen van deze afdeeling zouden kunnen vallen, wanneer daarin eene meer algemeen voorgestelde soort van kansovereenkomsten behandeld werd, waartoe wel spel en weddingschap mede behooren, maar waaronder ook andere gelijksoortige overeenkomsten kunnen worden gerangschikt. Dit is intusschen niet het geval: de bedoelde handelingen moeten dus óf spel óf weddingschap zijn, of de daarop gegronde regtsvordering kan wegens art. 1825 niet worden afgewezen. Mijns bedunkens behooren ze niet tot weddingschap, maar wel tot spel; de toepassing zelve dier wetsbepaling is derhalve geheel juist.

588. Tot de bedoelde speculatiën kunnen onder anderen de zoogenaamde olie-contracten behooren, die onder onze wetgeving tot zoo vele uiteenloopende regterlijke beslissingen aanleiding hebben gegeven. In het algemeen is koop en verkoop niet alleen van eene bepaalde partij, maar ook van eene bepaalde hoeveelheid olie, tegen een bepaalden prijs evenzeer een geldige koop en verkoop, als wanneer andere zaken daarvan het onderwerp uitmaken, en wordt de geldigheid der overeenkomst niet verminderd door de omstandigheid, dat de olie niet terstond, maar later, op tijd, moet geleverd worden (1). In het algemeen moet dus ook zoodanige koop en verkoop in regten worden erkend (2), en al bestaat er ook eene kans van voor- en nadeel voor de partijen, afhangende van den welligt hoogeren of lageren prijs der olie op den tijd, waarop zij moet worden geleverd, de overeenkomst blijft daarom koop en verkoop en kan geen spel genoemd worden. Doch wanneer uit de omstandigheden blijkt, dat partijen wel in schijn een koop en verkoop van olie, op tijd te leveren, hebben aangegaan, maar dat inderdaad bij beide de bedoeling niet is geweest om ooit daaraan door levering der olie en betaling van den prijs gevolg te geven, maar zij de overeenkomst alleen gesloten hebben om op de

---

(1) Daarom werden reeds door de Commissie, die het Ontwerp v. 1816 vervaardigde, geene bijzondere bepalingen tegen den windhandel gemaakt. Zie VOORDUIN, I, 1, bl. 43. — (2) Verg. Amsterdam 12 Nov. 1841, *W.* 248; *R. B.*, IV, bl. 221 en v.; *R. in N.*, III, bl. 162 en v.; Holland 31 Dec. 1841, *W.* 254; *R. B.*, IV, bl. 224; Amsterdam 13 Mei 1841, *R. B.*, VIII, bl. 175 en v.; Amsterdam 27 Jan. 1843, *R. B.*, V, bl. 546 en v.; Utrecht 12 Febr. 1844, *W.* 473; *R. B.*, VI, 132 en v.; Dordrecht 20 Junij 1845, Z.-Holland 6 Mei 1846, *W.* 764; Amsterdam 12 Jan. 1854, *W.* 1549; *N. R. B.*, IV, bl. 453 en v.; Amsterdam 3 Febr. 1854, *W.* 1550; *N. R. B.*, IV bl. 455 en v.; Dordrecht 25 Julij 1854, *W.* 1687.

rijzing en daling der olie te speculeren, en op den voor de levering bepaalden dag slechts het verschil van den prijs met elkander te verrekenen, zoodat de kooper den verkooper zooveel moet betalen als de prijs op dat tijdstip hooger is dan de gestelde koopprijs, om daarentegen van hem te ontvangen zooveel als die prijs dan lager is, — dan moge de overeenkomst den schijn van koop en verkoop hebben, zij heeft daarvan ook slechts den schijn. Partijen hebben dan de overeenkomst alleen gesloten om de eene partij te doen winnen en de andere te doen verliezen, naarmate de onzekere kans der handelingen voor gene of voor deze gunstig zal afloopen, en hare handeling is dus niets dan spel, maar valt dan ook geheel in de bepaling van art. 1825 B. W. (1).

389. Hetzelfde is van toepassing op een zoogenaamden koop en verkoop van aandeelen in de Handelmaatschappij, waarbij geene werkelijke levering is bedoeld, maar die alleen is aangegaan om op den rescontredag het verschil tusschen den koopprijs en den hoogeren of lageren prijs van dien dag te verrekenen (2). Hetzelfde geldt bij gelijken koop en verkoop van effecten op tijd, en welke andere zaken het onderwerp zijn mogen der overeenkomst, voor zoo verre deze wel den schijn, maar niet het wezen van een' koop en verkoop heeft (3). Eveneens geldt hetzelfde, onder gelijke omstandigheden, ook van de zoogenaamde premie-contracten, wier beschouwing als spel of als andere overeenkomst ook geheel van feitelijken aard en van de omstandigheden afhankelijk is (4).

390. Weddingschap kan men bepalen als eene overeenkomst, waarbij twee personen, die over eenig punt van verschillende meening zijn, overeenkomen, dat hij, wiens meening de ware bevonden of als zoodanig erkend zal worden, van den ander een bepaald voordeel zal genieten (5). Veelal bepalen partijen zich daarbij tot de enkele belofte; dikwijls ook wordt door beiden, hetgeen ze misschien

---

(1) Verg. Amsterdam 20 Sept. 1841, *W.* 248; *R. B.*, IV, bl. 218 en v.; *R. in N.*, III, bl. 153 en v.; Holland 22 Dec. 1841, *W.* 257; *R. B.*, IV, bl. 220 en v.; arr. Utrecht 13 Jan. 1843, *R. B.*, V, bl. 530 en v. Verg. LÉON, *Regtsspr. v. d. H. R.*, II, bl. 439 en v.; J. A. MOLSTER, *Bepalingen van wet en regt omtrent den geld- en fondsenhandel* (Utrecht 1853), bl. 218—224; dezelfde, *Iets*, bl. 32 en v., 42 en v. — (2) Zie Gelderland 1 Dec. 1841, *W.* 260, (waar de dag der uitspraak niet vermeld wordt); *R. B.*, IV, bl. 293 en v. Verg. ook Amsterdam 1 Dec. 1848, *R. B.*, XI, bl. 203 en v.; LÉON, t. a. p., bl. 438. — (3) Verg. VERNEDE, op art. 1825 B. W.; LÉON, bl. 438; Amsterdam 17 Nov. 1853, *W.* 1499, waarbij aan den gedaagde het bewijs der speculatie is opgelegd; PONT, in *Rev. d. rev. de droit*, VIII, bl. 147 en v. — (4) Zie v. NIEROP, in *R. B.*, VII, bl. 717—720; v. HALL, *R. B.*, XI, bl. 36 en v.; MOLSTER, *Bepalingen*, bl. 229 en v.; *Iets*, bl. 47 en v. — (5) Verg. ZACHARIAE, II, § 386, bl. 33. Eenigzins anders DURANTON, XVII, n. 102; TROPLONG, n. 79; v. ASSEN, § 390, bl. 427.

verliezen kunnen, ergens neergelegd of in bewaring gesteld (gageure); soms ook stelt de eene partij, hetgeen zij verliezen kan, aan de andere ter hand, om, zoo zij de weddingschap wint, datzelfde, vermeerderd met hetgeen de ander geven moet, terug te ontvangen (1). Het een of het ander heeft echter geen' invloed op het wezen der handeling.

591. Men ziet uit het bovenstaande, dat er veel overeenkomst is tusschen spel en weddingschap, maar tevens dat tusschen beide een wezenlijk verschil bestaat. Ten gevolge van beide zou men kunnen meenen, dat de winnende partij om niet bekomt, wat zij wint, daar zij niets daarvoor in de plaats behoeft te geven aan de tegenpartij. Inderdaad echter is het voor haar het tegenwigt, of, zoo men wil, de prijs van het gevaar, dat zij zelve heeft geloopen, van aan de andere partij te moeten betalen, zoo deze de winnende ware geweest (2).

§ 5.

Regtsgevolgen van spel en weddingschap.

592. Spel en weddingschap missen wel in regten niet alle gevolg, hunne gevolgen zijn echter zeer beperkt. Onze wetgever verbiedt wel in het algemeen noch spel (3), noch weddingschap, maar hij handhaaft ze ook niet, door de overeenkomsten te beschouwen als geldige bronnen eener deugdelijke verbindtenis. En overeenkomsten, ten gevolge waarvan de een ten koste van den ander zou bevoordeeld worden, door beide partijen aangegaan in de hoop of de verwachting van de winnende te zullen zijn, hadden op zoodanige handhaving ook geen aanspraak. De wetgever heeft te dien aanzien spel en weddingschap op ééne lijn geplaatst, en stelt in art. 1825 B. W. als algemeenen regel: „de wet staat geene regtsvordering toe ter zake van eene schuld uit spel of uit weddingschap voortgesproten" (4).

593. De wet staat geene regtsvordering toe. DURANTON is van meening, dat, zoo er evenwel eene is ingesteld, de zaak zelfs niet moet worden opgeroepen en op de rol gebragt (5). Hiermede zal men zich echter bezwaarlijk kunnen vereenigen, wanneer men bedenkt, dat over iedere regtsvordering, die werkelijk is ingesteld,

---

(1) TROPLONG, n. 82—84. — (2) POTHIER, n. 1; DURANTON, XVIII, n. 103. — (3) Zie echter art. 410 en 475, 5° C. P. — (4) Verg. POTHIER, n. 49 en v.; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 252 en v., 264 en v., 274 en v.; TOULLIER, X, n. 53; DURANTON, XVIII, n. 104 en v.; TROPLONG, n. 35 en v., 93 en v.; PONT, in *Rev. d. rev. de droit*, VIII, bl. 147; DE PINTO, II, § 1014, bl. 481; 3e uitg. § 1074, bl. 595. — (5) DURANTON, XVIII, n. 109.

door den regter op eenige wijze beslist moet worden; dat de regter moet beoordeelen, of zij ontvankelijk of wel op grond der wet niet toegelaten is, en dat hij dit als regter alleen kan doen, wanneer de zaak op de rol gebragt en opgeroepen is. Wanneer de gedaagde niet in regten verschijnt, zal ook, zoo de termijnen en formaliteiten in acht genomen zijn, tegen hem verstek moeten worden verleend. Art. 76 W. v. B. R. toch schrijft dit in zoodanig geval in het algemeen voor, en het verleenen van verstek is, gelijk ook uit die wetsbepaling blijkt, van de waarde der vordering zelve geheel onafhankelijk. De conclusiën van den eischer zullen evenwel, niettegenstaande het verstek (1), niet kunnen worden toegewezen, omdat daartoe noodig is, dat ze den regter niet onregtmatig of ongegrond voorkomen, wat het geval niet kan zijn, waar de wet uitdrukkelijk zegt, geene regtsvordering toe te staan.

594. Wanneer de gedaagde in regten verschijnt, zal hij in den regel den eisch wel tegenspreken, op grond van art. 1825 B. W. Hij zal dit, waar schijnbaar eene andere overeenkomst is aangegaan, wel moeten doen, en bewijzen, dat de handeling, waarop de eisch wordt gegrond, inderdaad spel is geweest, zoo hij niet den eisch wil laten toewijzen. Wanneer het intusschen zeker is, dat de gevorderde schuld uit spel of uit weddingschap is voortgesproten, dan geloof ik, dat zelfs des gedaagden berusting in den eisch de toewijzing daarvan niet ten gevolge kan hebben. Eene regtsvordering toch, die de wet niet toestaat, kan tot geene veroordeeling leiden. De bepaling van art. 1825 moet dan ook geacht worden de openbare orde te betreffen; hare kracht kan dus ook door de toestemming der tegenpartij niet worden verlamd.

595. De regtsvordering is niet toegelaten, zoo dikwijls de schuld uit spel of uit weddingschap is voortgesproten. De eerlijkheid van het spel doet daarbij niets af (2), niet om een regtsvermoeden van het tegendeel, waartegen geen bewijs zou zijn toegelaten, maar om de algemeenheid der bepaling van art. 1825. Het is daartoe zelfs, gelijk wij reeds zagen, niet noodig, dat die oorsprong terstond zigtbaar zij; hetzelfde geldt waar, onder den vorm eener andere overeenkomst, inderdaad slechts spel verborgen was, en dit dus de ware bron der gevorderde schuld uitmaakt. Daarbij zal de regter, ter opsporing van de bedoeling der partijen, naauwkeurig de omstandigheden moeten onderzoeken, en het is mogelijk, dat ook dat onderzoek hem tot geen volkomen zekerheid leidt. In allen gevalle zal echter de eisch in zoodanig geval niet kunnen worden afgewezen, zoolang niet voldoende bewezen is, dat de bestaande overeenkomst inderdaad slechts spel is geweest.

---

(1) DURANTON, t. a. p. — (2) TOULLIER, X, n. 53.

596. Aan den anderen kant is de regtsvordering ook slechts dan, op grond van art. 1825 B. W., niet toegelaten, wanneer de schuld uit spel of weddingschap is voortgesproten (1). Wanneer eene der partijen geld heeft geleend, om daarmede het verlorene aan den winner te betalen, dan moge de schuld ter gelegenheid van een spel ontstaan zijn, voortgesproten is zij niet uit spel, maar uit leening, en art. 1825 is dus niet van toepassing. Wanneer de uitleener vreemd was aan het spel, kan zulks naauwelijks twijfelachtig zijn; de wet toch verbiedt de betaling niet van uit spel of weddingschap voortgesproten schulden; zij verbiedt zelfs het vrijwillig betaalde terug te eischen; eene leening, gedaan om te betalen, moet dus ook wel geldig zijn (2). Maar ook wanneér men geld van een' medespeler heeft geleend, moet, natuurlijk zoo er geen bedrog bij heeft plaats gehad, hetzelfde worden aangenomen (3), omdat het zoo even gezegde ook hier van toepassing is, en het voor de geldigheid der leening zelve onverschillig moet wezen, van wien men geld geleend heeft. TROPLONG, die het tegendeel beweert, voert daarvoor aan, dat „le prêt se confond alors avec le jeu lui-même; il est destiné à entretenir le joueur dans sa passion et à satisfaire celle du prêteur." Wat het eerste betreft, ik kan het niet toegeven, en hierin ligt juist de grond mijner meening. Dat de verliezende partij niet betaalt, is geene leening van het verlorene. Zelfs wanneer partijen overeenkwamen, dat zij het verlorene van den winner ter leen zou behouden, zou er daarom geene werkelijke leening hebben plaats gehad, en zou de bepaling van art. 1827 B. W. daaraan alle kracht ontnemen. Maar geheel iets anders is het, wanneer een der spelers van den ander eene zekere hoeveelheid gelds leent, om daarmede verder te kunnen spelen en het verlies te betalen. Spel en leening is dan niet één, ze zijn afzonderlijke handelingen, en het geleende is wel geleend *om* het spel, maar geene schuld, *uit* spel voortgesproten.

597. Wat het andere betreft, het doet naar mijne meening niets ter zake. De wet weigert de regtsvordering niet ter zake van schul-

(1) Art. 1825 B. W. is daarom van geene toepassing op koop en verkoop van loterijbriefjes op crediet, wat er overigens van de geldigheid of onwaarde van dergelijke overeenkomsten zijn mag. De geldigheid werd betoogd door C. J. FORTUYN, in *R. B.*, II, bl. 385—388, 449-452; mr. H. F., in *W.* 1038; verg. MOLSTER, *Iets*, bl. 38 en v.; — de onwaarde door S. B. NIJKERK, in *R. B.*, II, bl. 437—440, en III, bl. 14—16. Zie ook in dezen zin H. R. 10 Mei 1844, V. D. H., *B. R.*, V, bl. 268 en v., bepaaldelijk bl. 282 en v.; *W.* 501; Amsterdam 16 Nov. 1847, *W.* 942; arr. Groningen 19 Dec. 1845, *R. B.*, IX, bl. 383 en v. Anders arr. Groningen 7 Febr. 1840, *R. B.*, V, bl. 764; kgr. Rauwerd 26 Nov. 1842, *W.* 357. — (2) TROPLONG, n. 66, 68-70. - (3) Zoo ook ZACHARIAE, II, § 386, bl. 33, n. 5; Amsterdam 21 Nov. 1856, *N. R. B.*, VII, bl. 288. Anders TROPLONG, n. 67.

den, die men heeft gemaakt om te kunnen spelen, maar alleen ter zake van die, welke werkelijk uit spel of weddingschap zijn voortgesproten (1). En eene bepaling als die van art. 1825 B. W., waarbij eene regtsvordering wordt geweigerd, zal toch wel geene uitbreiding toelaten tot iets anders, dan hetgeen bepaaldelijk valt in de termen der wet. Het is hierom, dat ik geloof, ook niet met TROPLONG te moeten onderscheiden tusschen eene leening, die gedaan wordt om te spelen, en eene, die geschiedt om het door spelen verlorene te voldoen (2). In beide gevallen spruit de schuld uit leening voort en niet uit spel.

598. Hetzelfde geldt, wanneer men, in plaats van geld van een' ander te leenen, dezen last geeft om de schuld, uit spel of weddingschap gesproten, aan de winnende partij te voldoen. De lasthebber kan het betaalde van den lastgever terugvorderen; hij heeft niet met dezen gespeeld, maar zijne vordering spruit uit de lastgeving voort (3). Anders zou het zijn, zoo een ander zonder lastgeving de schuld had gekweten (4). Deze zou zich daarbij met geen vrucht op eene negotiorum gestio kunnen beroepen en op dien grond, volgens art. 1393 B. W., vergoeding vragen van nuttige of noodzakelijke uitgaven, omdat zijne betaling geene nuttige of noodzakelijke uitgave is, daar de verliezende partij, volgens art. 1825, niet tot betaling kon worden aangesproken, en volgens art. 1828 het betaalde nu niet kan terugvorderen.

599. Wat hem betreft, die als lasthebber voor een' ander heeft gespeeld, ik geloof, dat hem geene regtsvordering tegen den lastgever toekomt tot vergoeding van gedane voorschotten en kosten (5). Mijns bedunkens is deze meening gegrond op art. 1825 B. W. zelf. Hier toch is de schuld niet enkel voortgesproten uit lastgeving, maar tevens uit spel. De lasthebber, die vergoeding vraagt, kan niet volstaan met zich op de lastgeving te beroepen, hij moet zich tevens beroepen op het spel, waardoor hij heeft verloren en ten gevolge waarvan hij uitgaven heeft gehad, en hij zou, zoo zijne vordering ontvankelijk ware, dat verlies en het bedrag zijner uitgaven moeten bewijzen. De lastgeving zelve heeft de schuld niet voortgebragt, deze is eerst ontsproten uit het spel; maar daarom is dan ook de regtsvordering niet toegelaten.

600. De wet maakt op de algemeene bepaling van art. 1825 B. W. eene uitzondering ten aanzien eener bepaalde soort van spe-

---

(1) Verg. 2e kgr. Amsterdam 9 Junij 1856, *N. R. B.*, VI, bl. 490 en v., 496. — (2) TROPLONG, n. 66. — (3) TROPLONG, n. 71; PONT, in *Rev. d. rev. de droit*, VIII, bl. 150; CH. BALLOT, in *Rev. d. rev.*, XIII, bl. 38 en v. — (4) TROPLONG, n. 72. — (5) Zie ook TROPLONG, n. 73—78; PONT, t. a. p., bl. 149 en v.; BALLOT, t. a. p.; MOLSTER, *Iets*, bl. 40 en v.

len, welke zij onder die bepaling niet begrepen wil hebben. Het zijn „die spelen, welke geschikt zijn tot ligchaamsoefening, als het schermen, wedloopen en dergelijke"; art. 1826 *a* B. W. Het nut dier spelen heeft tot hare meer gunstige beschouwing aanleiding gegeven (1). Het is duidelijk, dat schermen en wedloopen slechts als voorbeelden genoemd zijn, nevens welke andere spelen, die dezelfde strekking hebben, eveneens beschouwd moeten worden (2). Met name lgeldt dit van het zwemmen om strijd, het kolven en kaatsen, welk aatste in art. 1966 C. N. uitdrukkelijk was genoemd.

601. Art. 1826 *a* B. W. spreekt van spelen, welke geschikt zijn tot ligchaamsoefening. Art. 1826 Wetb. van 1830 sprak, geheel in navolging der officiële vertaling van den C. N., van spelen, die geschikt zijn om het ligchaam te oefenen en vaardig te maken (3), wat misschien eenigzins ruimer kon worden opgevat, terwijl art. 1966 C. N., sprekende van „jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps", misschien eene nog ruimere opvatting toelaat. Dit artikel spreekt dan ook met name van het wedrennen met wagens, wat zeker wel gezegd kan worden bevorderlijk te zijn „à l'adresse", maar hetwelk men schijnbaar niet met hetzelfde regt kan beschouwen als geschikt tot ligchaamsoefening, en dus als vallende in de termen onzer wetsbepaling. Vóor het overige wijst de bepaling omtrent spelen, welke geschikt zijn tot ligchaamsoefening, genoegzaam aan, dat de geschiktheid van eenig spel tot opscherping van den geest, die men b. v. aan het schaakspel toekent, niet voldoende is om dat spel te doen beschouwen als niet begrepen in art. 1825 B. W. (4). Maar diezelfde bepaling komt mij overigens niet bijzonder bepaald voor, en zal niet weinig aanleiding kunnen geven tot verschil van meening omtrent de vraag, of eenig spel tot ligchaamsoefening geschikt is of niet. Wij merken slechts aan, dat door velen ook het billardspel als zoodanig beschouwd pleegt te worden, en dat evenwel dat spel, zelfs naar art. 1966 C. N. geacht wordt niet in de uitzondering te vallen (5). Zoo onze jurisprudentie op dit punt nog zwijgt, moet dit dus aan eene andere oorzaak dan aan de duidelijkheid der wetsbepaling worden toegeschreven.

602. De wet laat alzoo eene regtsvordering toe ter zake eener schuld, uit zoodanige spelen voortgesproten. Art. 1826 *a* maakt eene uitzondering op art. 1825 en mag als zoodanig niet worden uitgebreid. Het spreekt slechts van spelen, niet van weddingschap, en men zal dus, mijns bedunkens, ter zake eener weddingschap over den afloop

(1) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 255 en v., 265 en v., 273 en v., 277; DURANTON, XVIII, n. 105, 110; TROPLONG, n. 41, 48. — (2) TROPLONG, n. 49. —(3) VOORDUIN, V, bl. 402 en v. – (4) Verg. TROPLONG, n. 50. — (5) TROPLONG, n. 57; ZACHARIAE, II, § 386, bl. 34 en n. 2.

van zoodanig spel, door of met derden aangegaan, geene regtsvordering kunnen toelaten. De ratio legis, aanmoediging dier meer gunstig beschouwde spelen, geldt dan ook vooral voor die spelen zelve, minder voor daarover aangegane weddingschappen (1).

603. De wet staat voorts ook ter zake van die spelen de toewijzing der regtsvordering niet onbepaald toe, maar laat aan 's regters beoordeeling over, of de som, die gevorderd wordt, al dan niet als overmatig beschouwd moet worden, met andere woorden, of hetgeen met die spelen zou worden gewonnen of verloren, ook misschien van dien aard is, dat de geschiktheid van het spel tot ligchaamsoefening de partijen daartoe niet geleid kan hebben, maar het spel geheel strekt tot eene gelegenheid om te winnen of te verliezen. Bij de beoordèeling hiervan zal voorzeker ook op den stand en het vermogen der partijen gelet moeten worden, maar dan van beide partijen en niet juist van de verliezende alleen, omdat de winnende evenzeer verliezende had kunnen worden (2).

604. De C. N. geeft in dat geval den regter slechts de bevoegdheid om den eisch te ontzeggen, niet om dien toe te wijzen tot een minder bedrag (3). Onze wetgever is hiervan afgeweken, en heeft in art. 1826 *b* B. W. den regter de bevoegdheid gegeven om, wanneer hem de som overmatig toeschijnt, den eisch te ontzeggen of te verminderen (4). Of dit juist „in vele gevallen nuttig zijn kan", zoo als ASSER beweert, zou misschien met grond betwijfeld kunnen worden; inderdaad verandert de regter, den eisch verminderende, de overeenkomst der partijen, die in dezen, naar het schijnt, liever óf als geheel geldig, óf als niet geldig had moeten beschouwd worden. Hoe het zij, den regter is nu de keuze gelaten tusschen ontzegging en vermindering van den eisch, en hij schijnt nu aan het een of het ander de voorkeur te moeten geven, naarmate partijen hem voorkomen het spel mede om zijne geschiktheid tot ligchaamsoefening, of wel alleen als spel gespeeld te hebben. In het laatste geval zal de regter, mijns bedunkens, den eisch ook dan kunnen ontzeggen, wanneer de eischer, afwijkende van de som, waarom eigenlijk gespeeld is, slechts een minder bedrag eischte, dat op zich zelf niet overmatig geacht zou worden. Die vermindering door den eischer is willekeurig, de grond van zijn' eisch blijft desniettemin het spel, zoo als het is gespeeld, en hetwelk als zoodanig in aanmerking moet komen (5).

605. Voor het overige is dan de algemeene regel, dat ter zake

(1) De rede van den tribun SIMEON, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 266, schijnt echter tot eene andere meening te leiden. — (2) DURANTON, XVIII, n. 112 en v. — (3) Verg. POTHIER, n. 51; MALLEVILLE, IV, bl. 83; DURANTON, XVIII, n. 111; TROPLONG, n. 51; ZACHARIAE, II, § 386, bl. 34, n. 3. — (4) ASSER, § 849. — (5) Verg. DURANTON, XVIII, n. 114.

van schulden, uit spel en weddingschap voortgesproten, geene regtsvordering is toegelaten. Een natuurlijk gevolg hiervan is, dat er tusschen deze en andere schulden niet alleen van regtswege geene vergelijking of compensatie plaats heeft, maar dat die schulden zelfs niet met goed gevolg tegen andere in compensatie kunnen worden gebragt (1). Vergelijking toch heeft, volgens art. 1463 *a* B. W., alleen plaats tusschen twee schulden, die voor eene dadelijke opeisching vatbaar zijn, en ontbreekt dus, waar de opeisching geheel is uitgesloten.

606. Ten aanzien dier schulden kan zelfs geene geldige schuldvernieuwing plaats hebben, om zoo wegens de nieuwe schuld eene regtsvordering mogelijk te maken, die wegens de oorspronkelijke niet is toegelaten. Men mag, volgens art. 1827 B. W., de bepalingen der twee voorgaande artikelen door geene schuldvernieuwing ontwijken. De C. N. behelst zoodanige bepaling niet, die door onzen wetgever is gemaakt, ten einde te voorkomen, dat door middel eener schuldvernieuwing de verbiedende bepalingen der voorafgaande verordeningen soms mogten worden ontzenuwd en verijdeld (2). Wanneer alzoo voor eene speelschuld eene schuldbekentenis is afgegeven, of op eenige andere wijze eene andere schuld in de plaats der speelschuld is gesteld, dan kan hij, tegen wien ter zake eener schuld, uit spel en weddingschap voortgesproten, geene regtsvordering is toegelaten, den oorsprong en de ware oorzaak der schuld, waarop de vordering gegrond is, bewijzen; en is die vordering, zoo het bewijs geleverd is, even weinig toegelaten, als wanneer zij regtstreeks op spel of weddingschap was gegrond (3).

607. De wetgever, die geene regtsvordering wilde toelaten tot opeisching der schuld, uit spel of weddingschap voortgesproten, heeft ook aan hem, die het verlorene vrijwillig heeft betaald, de gelegenheid benomen om het betaalde terug te eischen. Deze bepaling van art. 1828 B. W., in strijd met de voorschriften van het Romeinsche regt (4), is in overeenstemming met art. 1967 C. N. Zij schijnt door meer dan ééne reden te worden aanbevolen (5). Vooreerst kan men zeggen: „in pari causa melior est causa possidentis." Men kan er

---

(1) ZACHARIAE, II, § 386, bl. 33. — (2) ASSER, § 849. Verg. DE PINTO, § 1015, bl. 481; 3e uitg. § 1075, bl. 595 en v. — (3) MALLEVILLE, IV, bl. 82; TOULLIER, X, n. 53; DURANTON, XVIII, n. 107; TROPLONG, n. 59 en v.; ZACHARIAE, II, § 386, bl. 33 en v.; LIPMAN, bl. 542; SCHÜLLER, op art. 1827 B. W. — (4) Zie l. 4 § 1, 2, D. *de aleatoribus* (XI, 5); l. 1 C. *de aleatoribus et alearum lusu* (III, 43). — (5) Verg. POTHIER, n. 53 en v.; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 256, 266, 275 en v.; TOULLIER, VI, n. 381 en v.; TROPLONG, n. 182—191; DURANTON, XVIII, n. 115; SATURNIN VIDAL, in *Rev. d. rev. de droit*, IV, bl. 126 en v.; DE PINTO, II, § 1016, bl. 482; 3e uitg. § 1076, bl. 596; SCHÜLLER, op art. 1828 B. W.

bijvoegen, dat de verliezende partij voorzeker heeft gespeeld in de hoop van te winnen en daardoor voordeel te genieten, maar dat zij dan nu ook de schade moet dragen, nu de kans haar ongunstig is geweest en zij vrijwillig daaraan gevolg heeft gegeven. Zij heeft betaald, omdat zij begreep, dat de eerlijkheid en hare eer zulks vorderde, maar moet dan ook daarop niet terug kunnen komen, vooral niet ten koste eener winnende partij, die misschien door het gewonnene niet eens werkelijk is gebaat. Wel was het verlorene niet verschuldigd, omdat het niet kon worden ingevorderd, en is er dus iets betaald, hetwelk regtens niet verschuldigd was, maar het is betaald ter vervulling eener zoogenaamde natuurlijke verbindtenis (1), om zich te ontslaan van eene verpligting, die de verliezende partij tegenover de winnende meende te hebben, en de uitsluiting der terugvordering is alzoo in overeenstemming met de algemeene bepaling van art. 1395 *b* B. W. Eindelijk schijnt art. 1828 zelfs een natuurlijk gevolg te zijn van art. 1825 B. W., hetwelk in het algemeen ter zake eener uit spel of weddingschap voortgesproten schuld geene regtsvordering wil hebben toegelaten, maar ten gevolge waarvan deze dan ook niet alleen ontzegd is aan hem, die de voldoening der schuld in regten wil vorderen, maar ook aan hem, die het betaalde zou willen terugeischen; omdat voorzeker ook zoodanige regtsvordering eene vordering zou zijn ter zake eener schuld, uit spel of weddingschap voortgesproten (2).

608. Art. 1828 B. W. veronderstelt, dat het verlorene *vrijwillig* is betaald. Opzoomer acht de beteekenis van dit woord onzeker; vraagt, of het alleen aanduidt, dat de betaling het gevolg moet zijn van een vrij besluit, waarbij alle dwang, alle geweld is uitgesloten, en het volstrekt niet in aanmerking komt, of de betaler in dwaling was, en in den waan verkeerde, óf dat hij geene speelschuld betaalde, óf dat eene speelschuld met eene andere schuld gelijk staat (3). Het schijnt, dat die schrijver meer overhelt om aan te nemen, dat „vrijwillig" moet worden opgevat in den zin van „willens en wetens", met dat gevolg, dat het noodig zou zijn, dat de verliezende partij betaald heeft, wetende, dat zij daartoe niet verpligt was. Ik geloof, dat hij, wat het laatste betreft, te ver gaat; dat tot zoodanige opvatting noch in het woord zelf, noch elders eenige aanleiding is te vinden, en dat er eene bepaalde aanleiding zou moeten bestaan om tot eene vrijwillige betaling meer te vorderen dan eene betaling uit vrijen wil. In dezen zin werd het dan ook opgevat door de Regering in een door haar gegeven antwoord, toen voorgesteld werd om in dit artikel ook van geweld te spreken, hetgeen de Regering

---

(1) Verg. hierboven VI, n. 31 en v. – (2) Zie ook H. R. 8 Febr. 1850, *W.* 1122; v. d. h., *B. R.*, XI, bl. 225–242. – (3) Opzoomer, III, bl. 226 en v.

ongepast achtte, waar sprake is van vrijwillige betaling (1). Het vrijwillige ziet slechts op de betaling zelve, en wel in betrekking tot de schuld, die men heeft betaald, niet op de reden, waarom zij wordt betaald. Vrijwillige betaling van het verlorene sluit dus in zich de wetenschap, dat men eene speelschuld betaalde, maar verder mag men niet gaan. Het zou trouwens ook bezwaarlijk zijn omtrent het meerdere de noodige zekerheid te bekomen.

609. Art. 1828 B. W. laat eene uitzondering toe voor het geval, dat van den kant van dengene, die gewonnen heeft, bedrog, list of opligting heeft plaats gehad. Onder opligting schijnt men hier te moeten verstaan het bezigen van bedriegelijke middelen om iemand tot spel over te halen, en zich daardoor van zijn geld meester te maken (2). Bij de beraadslaging werd, gelijk wij zoo even zagen, voorgesteld, daarbij ook van geweld te spreken; en men schijnt daaruit met OPZOOMER te mogen afleiden, dat de voorstellers van meening waren, dat het bedrog enz. bij de betaling zou hebben plaats gehad. Dat ook de Regering daarmede instemde, meen ik te moeten betwisten, daar dan haar antwoord zou hebben moeten leiden tot weglating der geheele slotbepaling van art. 1828. Voor het overige ben ik het met dien schrijver eens, dat hier gedacht moet worden aan een bedrog enz. bij het spel zelf (3). Dat het van zelf spreekt, dat eene betaling ten gevolge van bedrog niet verbindende kan zijn, zou ik liever niet als bewijs dier stelling aanvoeren. Meer schijnt het af te doen, dat de wet spreekt van bedrog enz. van den kant niet van dengene, die ontvangen heeft, maar van dengene, die *gewonnen* heeft, hetgeen doet denken aan een winnen door bedrog, en dus aan bedrog bij het spel. Duidelijker nog ligt die bedoeling in de vroeger ontworpen redactie van art. 1967 C. N., te dezen aanzien luidende: „néanmoins l'action en répetition est admise par la voie de la police correctionnelle, quand il y a eu, de la part de l'un des joueurs, dol, superchérie ou escroquerie." En alle twijfel omtrent die bedoeling houdt op, wanneer men leest, wat de tribun DUVEYRIER zeide: „un seul cas peut autoriser et même imposer impérieusement la nécessité de la restitution; c'est le cas où le dol, la fraude, la superchérie, *auraient dirigé le hasard ou la combinaison du jeu, et déterminé le sort*" (4).

610. Art. 1828 B. W. veronderstelt, dat er betaling der speelschuld heeft plaats gehad. Het is niet noodig, dat die schuld juist in geld zij betaald, zij kan ook betaald zijn in roerende of onroerende

(1) VOORDUIN, V, bl. 403. — (2) Verg. H. R. 27 Nov. 1849, *W.* 1099; V. D. H., *Strafr.* 1849, II, bl. 270 en v., en de conclusie van den adv. gen. mr. ARNTZENIUS, ald. bl. 265 en v. — (3) OPZOOMER, III, bl. 227 en v. Verg. TROPLONG, n. 197. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 276.

goederen, mits deze niet ter beschikking van den winner zijn gesteld om ze te verkoopen, en uit de opbrengst het zijne te erlangen, in welk geval de betaling niet vóór de ontvangst der koopsom zou hebben plaats gehad, maar die goederen zelve ter voldoening zijn overgedragen, en verkocht voor de schuld, met dat gevolg, dat deze geacht zal worden daardoor voldaan te zijn. Hetzelfde geldt in gelijke gevallen, wanneer de verliezende aan de winnende partij eene schuldvordering, een' wissel of ander handelspapier heeft overgedragen (1). De betaling zelve moet door hem, die er zich op beroept, bewezen worden (2).

611. Het betaalde kan teruggevorderd worden, wanneer hij, die het terugvordert, bewijst, dat van den kant van dengene, die gewonnen heeft, bedrog, list of opligting bij het spel heeft plaats gehad. Het kan eveneens teruggevorderd worden, zoo hij bewijst, dat het niet vrijwillig, maar door dwang is betaald, want de wet sluit de terugvordering juist dan uit, wanneer vrijwillig betaald is. Voor het overige is, volgens art. 1828, in geen geval de terugvordering toegelaten. Die uitdrukking „in geen geval" is minder gelukkig gekozen en niet geheel waar. De wetgever schijnt daarbij het oog gehad te hebben op de in art. 1825 en 1826 bedoelde gevallen, en heeft dus daardoor de terugvordering uitgesloten, hetzij de betaling heeft plaats gehad voor eene schuld, die niet, of voor eene, die wel in regten kon worden gevorderd (3). Dit is vooral aannemelijk, wanneer men het oog slaat op art. 1967 C. N., hetwelk onmiddellijk op art. 1965 en 1966 volgt, en niet, gelijk ons art. 1828, door de bepaling van art. 1827 daarvan is afgescheiden.

612. Het betaalde kan echter zonder twijfel en niettegenstaande de algemeene bepaling van art. 1828 B. W. zeer wel worden teruggevorderd, wanneer hij, die betaalde, niet bekwaam was om te betalen; wanneer b. v. een minderjarige, een onder curatele gestelde, of eene getrouwde vrouw, eene uit spel of weddingschap voortgesproten schuld betaald heeft (4). De aanhef van art. 1828 B. W. sluit dit niet uit en kan het niet uitsluiten. Dit artikel toch ziet alleen op eene terugvordering op grond van den aard der betaalde schuld, maar niet op die, welke het gevolg zou zijn van een gebrek, dat aan de betaling kleeft. Sprekende van hetgeen vrijwillig is betaald, veronderstelt het natuurlijk eene op zich zelve geldige betaling. Maar de betaling, waarvan wij hier spreken, zou, volgens art. 1420 *a* B. W., niet geldig wezen; het betaalde moet dus uit dezen hoofde teruggevorderd kunnen worden, al is het ook vrijwillig betaald.

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 192—196. — (2) DURANTON, XVIII, n. 115. — (3) DURANTON, t. a. p. — (4) Verg. DUVEYRIER, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 277; DURANTON, XVIII, n. 117—119; TROPLONG, n. 199; ZACHARIAE, II, § 386, bl. 34 en n. 4.

613. Eene bepaalde behandeling verdienen nog die gevallen, waarin beide partijen datgene, waarom zij spelen of wedden, op de tafel leggen ter beschikking van hem, die winnen zal, of wel waarin zij het aan een' derde ter hand stellen, om het aan de winnende partij over te geven. Wanneer de winnende in het eerste geval het geld tot zich heeft genomen, of het in het tweede geval van den derde heeft ontvangen, dan is de schuld betaald, en het betaalde kan even weinig worden teruggevorderd, als wanneer het na afloop van het spel of van de weddingschap door de verliezende partij regtstreeks aan de winnende was ter hand gesteld.

614. Maar hoe, zoo in het eerste geval de verliezende partij, hetgeen zij heeft ingezet, terugneemt? DURANTON en ZACHARIAE zijn van meening, dat de winnende partij dan kan eischen, dat het gewonnene hem worde teruggegeven (1). TROPLONG is van eene tegenovergestelde meening (2), die mij de ware voorkomt. Men mag hier, mijns bedunkens, niet spreken van eene voorwaardelijke vooruitbetaling; het is toch zoo zeer waar, dat de eene partij niet aan de andere heeft betaald, dat het nog van den afloop van het spel of van de weddingschap moet afhangen, wie regt op den inzet hebben zal. De betaling heeft dus eerst plaats gehad, wanneer de winnende partij dien inzet werkelijk tot zich heeft genomen. Werd die hem later ontnomen, zoo zou dit diefstal zijn; maar zoo de inzet werd teruggenomen, vóórdat de winnende partij dien had ontvangen, dan is daardoor wel het doel van den inzet verijdeld, en de winnende partij verstoken van datgene, waarop zij ten gevolge der overeenkomst aanspraak zou hebben gehad, maar zij staat dan daarin geheel gelijk met iedere andere winnende partij; want of er geen inzet heeft plaats gehad, en of het doel van den inzet verijdeld is, komt op hetzelfde neer. De winnende partij zou dus het gewonnene niet kunnen vorderen als hem ontnomen, want hij heeft het nog niet gehad; hij zou het alleen kunnen vorderen, als hem krachtens het spel of de weddingschap toekomende, maar hij zou dan tevens die vordering op de bepaling van art. 1825 B. W. moeten zien afstuiten. De inzet strekt slechts tot meerderen waarborg voor de betaling van het verlorene, maar doet op zich zelf noch de handeling, noch de regtsbetrekking der partijen van aard veranderen.

915. Hetzelfde geldt, wanneer het geld aan een' derde was ter hand gesteld, maar de verliezer het van dezen terugnam. DURANTON en ZACHARIAE kennen ook hier eene vordering toe tegen den derde, hetzij deze het hem in bewaring gegevene aan den verliezer teruggaf, of wel eenvoudig de afgifte aan de winnende partij weigerde. Maar

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 116; ZACHARIAE, II, § 386, bl. 34 en n. 5. — (2) TROPLONG, n. 200.

ook hier komt mij de tegenovergestelde meening van TROPLONG de ware voor. Vooruitbetaling heeft hier niet meer plaats dan in het zoo even bedoeld geval. De winnende partij heeft dus door betaling nog geen regt op het gewonnene gekregen, want het is juist de betaling, die hij verlangt. De derde moet als een bewaarnemer beschouwd worden, maar tevens als een lasthebber, voor zoo ver hij zal moeten teruggeven aan een' ander dan van wien hij in bewaring ontving. De winnende partij kan als bewaargever van hetgeen hij heeft ingezet de teruggave vorderen, maar voor hetgeen de andere partij heeft ingezet, heeft hij als zoodanig tegen den derde geene vordering. Hij zou bovendien die vordering alweder moeten gronden op het spel of de weddingschap, op grond waarvan juist hij den inzet zou moeten ontvangen, maar dan moest ook alweder zijne vordering op de bepaling van art. 1825 afstuiten. Het zal toch wel niet aannemelijk zijn, en wordt zelfs door de algemeene bewoordingen van art. 1825 gewraakt dat eene regtsvordering, niet toegelaten tegen de verliezende partij zelve, wel toegelaten zou wezen tegen een' derde, die alleen als houder voor gene met de zaak iets te maken heeft (1).

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 202. Zie DURANTON en ZACHARIAE, t. a. p.

ZEVENTIENDE TITEL.

Van lastgeving.

AFDEELING I.

Van den aard der lastgeving.



§ 1.

Begrip van lastgeving.

616. Wij zijn thans genaderd tot eene overeenkomst, waarvan een veelvuldig gebruik wordt gemaakt, en die in den handel en het maatschappelijk verkeer der menschen onderling een uitgebreid nut oplevert. Men kan alles niet zelf verrigten; men kan niet overal en niet gelijktijdig op verschillende plaatsen zelf tegenwoordig zijn; men is dikwijls door ziekte of andere beletselen verhinderd, zelf werkzaam te wezen; soms ook, wanneer men zelf zou kunnen handelen, wil men dit toch liever niet, omdat men ongenegen is of het minder voordeelig acht, zelf met een' derde, met wien gehandeld moet worden, in aanraking te komen. In dit alles wordt door de lastgeving voorzien (1). De regten van den lastgever worden daardoor niet uitgebreid, maar de uitoefening dier regten wordt er aanzienlijk door bevorderd en in veel ruimeren kring mogelijk gemaakt.

---

(1) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 307; TROPLONG, *Du mandat*, n. 1, en Préf. n. 1.

617. Onze wetgever bepaalt in art. 1829 B. W. lastgeving als „eene overeenkomst, waarbij iemand aan eenen anderen de magt geeft, en deze aanneemt, om eene zaak voor den lastgever, in deszelfs naam, te verrigten." Deze bepaling is echter niet alleen minder juist voor zoo ver zij spreekt van het geven van magt, maar bepaaldelijk onjuist, voor zoo ver volgens haar tot het wezen der lastgeving zou behooren, dat de lasthebber moet handelen in naam van den lastgever. De verdere ontwikkeling van het begrip van lastgeving zal dit, mijns bedunkens, genoegzaam aantoonen. Bij voorraad meen ik de lastgeving te kunnen bepalen als eene overeenkomst, of, zoo men liever wil, eene door de enkele overeenstemming voltrokkene, wederkeerige overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere opdraagt en deze op zich neemt, om eenige handeling voor gene te verrigten (1).

618. Lastgeving is eene overeenkomst (2), en wordt ook door onzen wetgever aldus genoemd. Ik geloof, dat art. 1829 B. W. in zoo ver de voorkeur verdient boven art. 1984 C. N., welks eerste lid, le mandat ou procuration bepalende als „un *acte* par lequel une personne donne à un autre le pouvoir de faire" enz., inderdaad eene bepaling geeft van den last of de volmagt, als daad van den lastgever alleen. Men mag daarom echter niet met ASSER zeggen, dat de Fransche wetgever de lastgeving met de volmagt heeft verward, en uit het oog heeft verloren, dat het eigenlijk contract door den eenstemmigen wil der partijen wordt daargesteld (3). De bloote inzage toch van art. 1984 C. N. is voldoende om die bewering te wederleggen; daar het tweede lid uitdrukkelijk bepaalt, dat de overeenkomst eerst gevormd wordt door de aanmaning van den lasthebber. De Fransche wetgever heeft dus wel in het oog gehouden, dat de overeenkomst door den eenstemmigen wil van beide partijen tot stand komt; hij heeft ook die overeenkomst zeer bepaald van de volmagt onderscheiden. Maar terwijl het woord *mandat* niet alleen gebezigd wordt voor de overeenkomst, maar ook voor de volmagt, en alzoo als van gelijke beteekenis met procuration, de uitdrukking van den wil des lastgevers, heeft die wetgever, bij de bepaling in art. 1984 *a* B. W., het woord in dezen laatsten zin opgevat (4).

619. Wij spraken van de volmagt in tegenoverstelling van de lastgeving. Zij is het, wat in art. 1830 B. W. *last* genoemd wordt,

(1) Zie andere bepalingen, o. a. bij POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, n. 1; TROPLONG, n. 5; DURANTON, XVIII, n. 191; ZACHARIAE, II, § 410, bl. 51; V. ASSEN, § 352, bl. 385. — (2) Verg. mr. J. SCHOUTEN, *Onderzoek, of de lastgever wettig afstand kan doen van het vermogen, dat art.* 1851 *B. W. hem toekent* (Amst. 1844), § 2, bl. 3—5. — (3) ASSER, § 850. — (4) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 285, 292; DURANTON, XVIII, n. 189; TROPLONG, n. 6. Zie ook POTHIER, n. 2 en v., 18 en v.

tusschen het geven en het aannemen waarvan daar bepaaldelijk wordt onderscheiden; terwijl die last ook bij monde kan worden gegeven en aangenomen, en het tweede lid ook uitdrukkelijk van eene stilzwijgende aanneming spreekt. Hieruit volgt, dat ASSER ten onregte beweert, dat de volmagt het bewijs der overeenkomst oplevert (1); en zoo drukt DE PINTO zich eveneens onjuist uit, wanneer hij zegt, dat last of volmagt is de akte, waarbij de overeenkomst van lastgeving wordt daargesteld, de titel, het bewijs derzelve (2). Volmagt wordt in eene ruimère en in eene engere beteekenis gebezigd. In den eersten zin is zij dan eens gelijkbeteekenend met de lastgeving zelve, en komt b. v. aldus voor in art. 1839 B. W.; dan eens meer bepaaldelijk met last, zoodat zij de handeling van den lastgever als zoodanig uitdrukt, die in vereeniging met de aanneming door den lasthebber de lastgeving uitmaakt. In den engeren zin, waarin het woord bepaaldelijk in art. 1851 B. W. voorkomt, is zij de akte, waarin datgene, wat zij in ruimeren zin beteekent, is vermeld. In dien zin kan zij dus zijn de titel, het bewijs der lastgeving, wanneer in haar de overeenstemmende wil van beide partijen is geconstateerd; maar kan zij ook enkel den last, door den lastgever gegeven, vermelden, en levert zij in dit geval onmiddellijk slechts het bewijs op van dien last. Het bewijs der lastgeving, als overeenkomst, ligt dan niet regtstreeks in die volmagt opgesloten, maar kan slechts uit haar in verband met andere omstandigheden afgeleid worden, b. v. daaruit, dat zich die volmagt met toestemming van den lasthebber in handen van dezen bevindt.

620. Tot de lastgeving als overeenkomst behooren noodzakelijk twee partijen, waarvan de eene den last geeft, de andere dien aanneemt (3). De eerste wordt *lastgever* genoemd, de andere draagt gewoonlijk den naam van *lasthebber*, maar wordt in art. 1835, 1836 en 1841 *zaakgelastigde*, en in het laatstgenoemd artikel, even als in art. 134 B. W., ook *gevolmagtigde*, elders ook *gemagtigde* geheeten Wij zagen reeds, dat het geven van den last alleen, zonder dat die is aangenomen, geene lastgeving uitmaakt. Aan den anderen kant is ook het verrigten eener zaak voor een' ander, zonder daartoe bekomen last, geen teeken van lastgeving, maar enkel eene waarneming van eens anders belangen, eene negotiorum gestio.

621. Wij noemden de lastgeving eene door de enkele overeenstemming voltrokkene overeenkomst. Door haar toch, door die overeenkomst zelve, ontstaat, zonder dat daaraan, gelijk bij bewaargeving, eenig gevolg behoeft gegeven te zijn, eene volledige verbind-

(1) ASSER, § 850. — (2) DE PINTO, II, § 1017, bl. 482; 3e uitg. § 1077, bl. 596 en v. — (3) Verg. POTHIER, n. 1; TROPLONG, n. 12.

tenis tusschen partijen, waardoor de lasthebber verpligt wordt tot de volvoering van den last, en de lastgever tot alles, waartoe de wet hem als zoodanig verpligt (1). Zij behoort tot die overeenkomsten, waarbij consensu fiunt obligationes, en werd daarom in de Instituten onmiddellijk na koop en verkoop, huur en verhuur en maatschap behandeld. Onze wetgever is wel, even als de Fransche (2), hiervan afgeweken (3), maar op het wezen der overeenkomst heeft dit geen' invloed.

622. Over de wijze, waarop lastgeving tot stand kan komen en haar bestaan kan worden bewezen, zullen wij later spreken. Hier merken wij nog slechts aan, dat lastgeving, eene overeenkomst zijnde, als zoodanig op zich zelve slechts eene verbindtenis schept tusschen den lastgever en den lasthebber. Tusschen genen en derden, met wie door dezen voor hem gehandeld is, ontstaat eerst eene betrekking door die handeling, welke hij, in wiens naam zij is verrigt, geacht wordt zelf verrigt te hebben. Voor deze betrekking tusschen den lastgever en derden is het van veel gewigt, of de lasthebber in eigen naam of wel in naam des lastgevers gehandeld heeft. Voor de betrekking tusschen lastgever en lasthebber is deze omstandigheid in de hoofdzaak onverschillig; de lasthebber moet den last volvoeren en kan daarmede volstaan, en de lastgever kan zich tegenover hem niet van zijne verpligtingen ontslagen achten op grond dat niet in zijn' naam is verrigt, wat toch is verrigt voor hem en op zijn' last. Wij maken ook hierom zwarigheid om aan te nemen, dat het tot het wezen der lastgeving zou behooren, dat de lasthebber handelt in naam van den lastgever, gelijk de bepaling van art. 1829 B. W. schijnt te kennen te geven, terwijl wij overigens ook op dit punt straks nader zullen terugkomen.

623. Art. 1829 B. W. zegt, dat de lastgever den lasthebber magt geeft. Wij vinden gelijke uitdrukking in art. 1984 C. N., en misschien is zij daarvan een gevolg, dat hier eigenlijk eene bepaling gegeven is van de volmagt, die zich veelal tot het geven van magt bepaalt. Intusschen wordt door de lastgeving niet slechts eene magt of bevoegdheid gegeven, waarvan de lasthebber naar zijn goedvinden zou kunnen gebruik maken; hij is toch, volgens art. 1837 *a* B. W., gehouden den last, zoolang hij daarvan niet ontheven is, te volvoeren, en verantwoordelijk voor de kosten, schaden en interessen, welke uit het niet volvoeren zouden kunnen ontstaan. De lastgever draagt dus iets op aan den lasthebber en geeft daardoor natuurlijk magt hiertoe; de lasthebber, die aanneemt, krijgt daardoor magt en be-

(1) TROPLONG, n. 10. — (2) DURANTON, XVIII, n. 188. — (3) Verg. hierover NIENHUIS, I, bl. 95, n. 7.

voegdheid, maar is tevens met de volvoering belast (1). Zoo is het althans in den regel. Dit belet nu wel niet, dat den lasthebber eene meerdere of wel volkomene vrijheid kan worden gelaten, maar deze is dan een gevolg der bijzondere overeenkomst, niet der lastgeving in het algemeen. Die meerdere vrijheid kan niet alleen uitdrukkelijk worden toegekend, zij kan ook uit de omstandigheden voortvloeijen of uit den aard der opgedragen zaak. Zij is echter eene afwijking van den gewonen regel, en zoo zal soms, hoezeer de aard der zaak eene meerdere vrijheid medebrengt, de lasthebber toch verantwoording schuldig kunnen zijn van het gebruik, dat hij van die vrijheid gemaakt heeft.

624. Uit het gezegde volgt, dat eene eenvoudige raadgeving of aanbeveling geene lastgeving doet ontstaan, en hij, die een' raad gegeven of iets aanbevolen heeft, dus ook niet deswege als lastgever aansprakelijk is, noch jegens hem, aan wien hij den raad heeft gegeven of de aanbeveling gedaan, noch jegens derden, met wie deze ten gevolge daarvan heeft gehandeld. Hij kan aansprakelijk zijn, wanneer hij zelf zich aansprakelijk heeft gesteld, of ook, wanneer hij te kwader trouw heeft gehandeld, doch hij is het dan om eene dier redenen, maar ook dan niet als lastgever, omdat er geene lastgeving bestaat (2). Zoo is de last van den lastgever ook geheel iets anders dan het bevel, dat men, in welke en in hoe vriendelijke bewoordindingen ook, aan een' ondergeschikte geeft, en ontstaat er door de bereidvaardigheid van dezen geene lastgeving. Hetzelfde geldt, zoo dikwijls wij iets verlangen van iemand, die uit eenigen hoofde tot de volvoering daarvan verpligt is (3). Wij hebben daarom hierboven gezegd, dat de lastgever aan den lasthebber iets opdraagt, en gelooven, dat door dit woord, naar de beteekenis, die daaraan gewoonlijk gehecht wordt, zijn last het best wordt uitgedrukt, en van een bevel, eene raadgeving of eenvoudige aanbeveling als van zelf wordt onderscheiden.

625. Den lasthebber wordt opgedragen eene zaak te verrigten. Onze wetgever heeft hier weder de officiële vertaling van den C. N. nagevolgd, die in art. 1984, even als hij in art. 1829, voor de woorden „faire quelque chose" heeft wedergegeven: *eene zaak* te verrigten, terwijl diezelfde woorden in art. art. 1710 C. N., even als in art. 1585 B. W. zijn vertaald door *iets* te verrigten. Dat onze wetgever, of liever de bewerker dier vertaling van den C. N., met opzet voor lastgeving eene andere uit-

(1) Verg. DURANTON, XVIII, n. 190; TROPLONG, n. 9. — (2) Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 93; DURANTON, XVIII, n. 202 en v.; TROPLONG, n. 15 en v., 44 en v.; ZACHARIAE, II, § 410, bl. 52 en n. 3. — (3) Verg. TROPLONG, n. 12, 41 en v.

drukking heeft gebezigd dan voor huur van diensten, blijkt mij niet en is niet waarschijnlijk; zoo het echter alleen bij toeval is geschied, schijnt het mij geen ongelukkig toeval te zijn geweest. Er heeft namelijk geene lastgeving plaats, zoo dikwijls wij aan een' ander opdragen om iets voor ons te doen, hetzij om ons te dienen (huur van diensten), hetzij om een bepaald werk voor ons te verrigten of iets voor ons te vervaardigen (huur van werk, aanneming van werk), hetzij om zijne kunde, zijn' tijd, zijne moeite op andere wijze ten onzen behoeve aan te wenden; maar slechts dan, wanneer wij aan een' ander opdragen, hetzij eene bepaalde handeling, hetzij eene reeks van, vooraf meer of minder bepaalde, handelingen voor ons te verrigten of waar te nemen.

626. Uit het gezegde volgt: dat er nog wel een onderscheid bestaat tusschen huur van werk en lastgeving, al wordt bij de laatste ook een loon voor den lasthebber bedongen, of al handelt deze ook niet in naam van den lastgever, en al is hem hiertoe ook uitdrukkelijk de bevoegdheid ontzegd; en dat men dus het verschil tusschen beide niet behoeft te zoeken in iets, dat niet noodwendig aan een van beiden eigen is. Maar eveneens behoeft het onderscheid ook niet gezocht te worden in het meer of minder verhevene van het werk, dat opgedragen wordt (1); waarover trouwens niet alleen verschillend kan worden gedacht, maar dat in elk geval bezwaarlijk een onderscheidend kenmerk kan zijn voor den aard der opdragt zelve, waarop het hier toch juist aankomt.

627. Over het onderscheid tusschen huur van werk en lastgeving zou dan ook misschien minder breedvoerig door de schrijvers zijn gehandeld, wanneer men de vraag, tot welke van beiden zekere handeling gebragt moet worden, niet ook had opgeworpen en behandeld ten aanzien van zoodanige handelingen, die noch als huur van werk, noch als lastgeving, en dus als geen van beide beschouwd moeten worden. Wij hebben vroeger gezien (2), dat het Ontwerp van 1820, na dien van huur en verhuring van diensten, in een afzonderlijken titel handelde van praestatie van andere diensten tegen genot van voordeel of salaris, terwijl die diensten, volgens art. 2672, zouden bestaan in het praesteren of doen praesteren van ligchamelijken arbeid, in het aanwenden van kunst, wetenschappelijke vlijt en het besteden van andere moeiten en zorgen, aan het onderwerp verknocht en tot bereiking van het verlangde doeleinde bevorderlijk, en de handeling, volgens art. 2669, zou plaats hebben, wanneer de een zich verbindt om naar zijne beste kennis en wetenschap voor een' ander zekere

---

(1) Zie POTHIER, n. 26; DURANTON, XVIII, n. 196; TROPLONG, n. 164 en v.; en *Du contrat du louage*, n. 791—811. — (2) Zie VII, n. 654 en v.

zaken te verrigten of zekere daden uit te voeren tegen betaling van loon of salaris, 'twelk de ander aanneemt daarvoor te betalen. Bij de beraadslaging over den titel van huur en verhuur werd wel gewezen op het wenschelijke van bijzondere bepalingen betrekkelijk zoodanige handelingen, waarop men begreep, dat de regelen omtrent huur van werk niet geheel toepasselijk waren; maar het heeft tot geen gevolg geleid (1). Men had daarbij bepaaldelijk het oog op pleitbezorgers, geneesheeren enz. en in het algemeen op dezulken, wier werkzaamheden men niet tot huur van diensten meende te kunnen brengen, als daar zijn notarissen, hoogleeraren en andere onderwijzers, landmeters en dergelijke. Wij hebben reeds vroeger aangemerkt, dat de bepalingen der vijfde en zesde afdeeling van den titel van huur en verhuur alleen op stoffelijken arbeid toepasselijk zijn; dat dus de overeenkomsten, die andere diensten ten onderwerp hebben met het oog op onze wet niet tot huur en verhuur behooren gebragt te worden, en dat dit ook zelfs niet noodig is, voor zoo ver men ze niet tot lastgeving kan brengen, omdat ze dan eenvoudig beschouwd kunnen worden als overeenkomsten, welke onder geene bepaalde eigene benaming bekend zijn.

628. Het uitsluiten van huur van diensten leidt dus niet noodwendig tot het aannemen van lastgeving; en inderdaad geloof ik, dat bij de bedoelde overeenkomsten ook aan geene lastgeving moet gedacht worden. De bepalingen omtrent lastgeving zijn dan ook veelal daarop niet of hoogst bezwaarlijk toe te passen. Nemen wij tot voorbeeld den kostschoolhouder, wien een vader de opvoeding en het onderwijs van zijn' zoon toevertrouwt; zal men in ernst kunnen beweren, dat met den dood, de curatele, den staat van faillissement of kennelijk onvermogen van den vader, en zoo het de moeder was die haren zoon ter school zond, door haar hertrouwen de overeenkomst eindigt? Zal men beweren, dat de kostschoolhouder overeenkomstig art. 1839 B. W. verpligt is rekenschap te geven van hetgeen hij verrigt heeft? Zal men, zoo de leerling geringe vorderingen heeft gemaakt, een onderzoek toelaten, in hoe ver dit een gevolg is van eenig verzuim aan zijne zijde, en zoo dit aldus bevonden wordt, hem aansprakelijk achten tot vergoeding van kosten, schaden en interessen? Zal hij misschien ook, mits op zijne verantwoordelijkheid, een' ander in zijne plaats kunnen stellen? Wat wij van den kostschoolhouder zeiden, geldt ook van den geneesheer, den pleitbezorger en anderen. En wanneer men ten aanzien der bepaling van art. 1831 B. W., volgens welke lastgeving om niet geschiedt, ten ware het tegendeel bedongen zij, eene uitzondering maakt voor zoodanige werkzaamheden,

---

(1) Voorduin, V, bl. 200 en v.; Asser, § 766.

waarvoor het gebruik de betaling van loon heeft ingevoerd, en wier belooning door de wet of gewoonte is geregeld, dan zou ik betwijfelen, of men tegenover eene stellige wetsbepaling wel zoodanige kracht aan een gebruik mag toekennen en zonder beding eenen lasthebber aanspraak geven op loon, al is dan ook bij de wet, die toch nergens dat loon gebiedend voorschrijft, de hoegrootheid daarvan vastgesteld, en ik zou liever ook daarin eene reden van twijfel zien, of men hier wel aan lastgeving denken moet. Mijns bedunkens moet men dit niet, maar verbinden onderwijzers, geneesheeren, pleitbezorgers en dergelijken inderdaad hunne diensten aan hen, die ze van hen vragen. Dat hier daarom geene *huur* van diensten of werk bestaat, n den zin, waarin de wet hiervan spreekt, is enkel daarvan een gevolg, dat de wet daaraan eene bepaalde, binnen engere grenzen beperkte beteekenis heeft gegeven, waarin die andere diensten niet begrepen zijn. Deze moeten, omdat ze daarin niet begrepen zijn, daartoe ook niet gebragt worden; maar dit kan geene reden wezen om de overeenkomst daaromtrent nu juist als lastgeving te beschouwen. Zij blijft hetgeen zij is, en moet, omdat zij niet valt in den kring van eenige overeenkomst, die onder eene eigene benaming in de wet is geregeld, tot de zoodanige gebragt worden, welke onder geene bijzondere benaming geregeld zijn, maar niet tot eene bepaalde overeenkomst, die van geheel anderen aard en strekking is. Ik zou anders nog willen vragen, of men den kantonregter, die even als een notaris bij eene verzegeling of boedelscheiding werkzaam is, die dat evenzeer is uit kracht zijner openbare betrekking, en evenzeer daarvoor een salaris geniet, dat de wet geregeld heeft, — of men dien kantonregter ook als een lasthebber zal willen beschouwen van hen, die bij de verzegeling of boedelscheiding belang hebben; en zoo niet, waar dan de grens te vinden is, binnen welke de een zich bevindt, terwijl de ander daar buiten staat?

629. Volgens het Romeinsche regt moest lastgeving volstrekt om niet plaats hebben. „Sciendum est", lezen wij (1), „mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse." Alleen werd toegelaten, dat de lastgever den lasthebber uit erkentelijkheid iets toekende voor zijne moeite, 'twelk dan, ter onderscheiding der merces bij huur van werk, honor, honorarium of salarium genoemd werd. Ook POTHIER acht het zoo zeer noodig, dat lastgeving om niet geschiedt, dat hij het heeft opgenomen in zijne bepaling; ook hij laat slechts een honorarium toe (2). Men is hiervan bij art. 1986 C. N. afgeweken (3), en onze

(1) § 13 Inst. *de mandato;* verg. l. 1 § 4 D. *mandati* (XVII, 1). Zie ook TROPLONG, n. 155. — (2) POTHIER, n. 1, 22 en v. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 285, 293, 308.

wetgever heeft dit nagevolgd. Lastgeving geschiedt, volgens art. 1831 B. W., om niet, ten ware het tegendeel bedongen zij. In zoo ver kan men dus ook nu nog zeggen, dat het tot den aard der overeenkomst behoort, dat de last om niet wordt volvoerd, dat dit werkelijk plaats heeft, zoo dikwijls het tegendeel niet is bedongen (1). Maar dat tegendeel kan ook worden bepaald; er kan eene belooning, gelijk art. 1838 *b* B. W. het noemt, een loon, zoo als het in art. 1845 *a* heet, worden bedongen. Dit kan zuiver geschieden en ook voorwaardelijk, b. v. bij welgelukken (2). En hetzij zoodanig loon bedongen is of niet, in beide gevallen bestaat er evenzeer lastgeving, zonder dat deze daarom in eene andere overeenkomst ontaardt.

630. Daarin kan men dus ook niet meer het onderscheid zoeken tusschen lastgeving en huur van diensten of werk. Men kan dit ook niet, door aan het loon van den lasthebber eene eigene benaming te geven; niet alleen toch heeft onze wetgever ook te zijnen aanzien van loon gesproken; maar waar de zaak gelijk is, kan het verschil in naam ook weinig baten. Men zegge voorts niet, dat de belooning van den lasthebber slechts als een bewijs van erkentelijkheid beschouwd moet worden, 'twelk in geene evenredigheid behoeft te staan met den hem opgedragen last, terwijl bij huur van werk diensten en loon geacht worden tegen elkander op te wegen. Behalve toch, dat het bij menigen last niet wel mogelijk zou zijn, een juist geëvenredigd loon te bepalen, is dit ook geen vereischte bij huur van diensten of werk, die niet van aard verandert, wanneer men een betrekkelijk geringen of zeer hoogen prijs bepaalt. Men zoeke eindelijk ook daarin het onderscheid niet, dat bij huur van werk met de aflevering daarvan en de betaling van den prijs alle betrekking tusschen partijen ophoudt, terwijl de lastgever ook daarna nog tot erkentelijkheid verpligt zou zijn. Behalve toch, dat men daarbij vooral het oog schijnt te hebben op zoodanigen, die naar mijne meening niet als lastgevers beschouwd kunnen worden, is het gevoel van dankbaarheid iets al te subjectiefs om daarin het onderscheid tusschen twee overeenkomsten te zoeken; terwijl ook menigeen later meer blijvende betrekking zal gevoelen op een getrouwen dienstbode, dan op een' lasthebber, zelfs waar die hem om niet eene dienst heeft bewezen.

631. Naar het Romeinsche regt kon ook het salarium incertae pollicitationis niet gevorderd worden, maar moest het bedrag bepaald zijn, zou er eene regtsvordering te dier zake kunnen worden ingesteld. Anders was het bij huur van werk; en het onderscheid was naar dat regt ligt te verklaren uit de omstandigheid, dat de lasthebber niet beloond werd, maar slechts een blijk van erkentelijkheid ont-

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 195; TROPLONG, n. 153 en v., 163; ZACHARIAE, II, § 410, bl. 52. — (2) TROPLONG, n. 252.

ving. (1). MALLEVILLE betwijfelt die leer (2), die dan ook zeker bij ons niet zal kunnen gevolgd worden, daar ook in dezen bij lastgeving, waarvoor loon bedongen is, hetzelfde kan worden aangenomen als bij huur van werk, en dus het loon des noods door den regter, voorgelicht door deskundigen, kan worden vastgesteld.

632. Door SCHÜLLER schijnt als eene uitzondering op onze bepaling te worden aangemerkt, dat uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen, wanneer de erflater hun geene bepaalde belooning heeft toegekend, een zeker loon in rekening kunnen brengen (3). De aanmerking zou gegrond wezen, wanneer die uitvoerders lasthebbers waren, maar ofschoon ook zij voor een' ander werkzaam zijn en als vertegenwoordigers van dezen optreden, wat gewoonlijk ook met lasthebbers het geval is, zou zoodanige gelijkstelling toch slechts verwarring van begrippen zijn (4). Intusschen wordt algemeen aangenomen, dat de belooning geacht moet worden stilzwijgend bedongen te zijn bij zoodanige lastgevingen, waarbij de lasthebber volgens zijn beroep of betrekking werkzaam is, zoo als procureurs, makelaars, commissionnairs enz. (5). Het komt mij echter bedenkelijk voor, zoodanige fictio juris te vereenigen met eene algemeene en duidelijke wetsbepaling, waarmede zij in bepaalden strijd is. Mijns bedunkens is zij ook niet noodig, daar onderwijzers, geneesheeren en dergelijke naar mijne meening niet als lasthebbers kunnen en mogen beschouwd worden en anderen, als procureurs, commissionnairs enz., oorspronkelijk wel lasthebbers zijn en in het algemeen als zoodanig beschouwd kunnen worden, maar hunne betrekking tot de partij, voor welke zij werkzaam zijn, zich tot eene eigene betrekking heeft gevormd, en, als zoodanig elders geregeld, buiten den algemeenen kring van lastgeving is getreden, zoodat de bepalingen van dezen titel niet meer op hen toegepast moeten worden. Te hunnen aanzien behoeft dus ook geene uitzondering op art. 1831 B. W. te worden aangenomen. Wij merken hierbij nog aan, dat de zoogenaamde zaakwaarnemers bij gemis ván afzonderlijke regeling nog als lasthebbers beschouwd moeten worden, dat op hen dus art. 1831 B. W. ten volle toepasselijk is, gelijk het ook op hen wordt toegepast (6), hoezeer het gebruik ook te hunnen aanzien, even als b. v. bij pleitbezorgers, geacht kan worden stilzwijgend een beding van belooning mede te brengen, en zij dus ook

---

(1) L. 17 C. *mandati* (IV, 35); POTHIER, n. 24. — (2) MALLEVILLE, IV, bl. 94 en v. — (3) SCHÜLLER; verg. VERNEDE, op art. 1831 B. W. — (4) Verg. hierboven V, n. 5. — (5) TROPLONG, n. 249; DURANTON, XVIII, n. 197; ZACHARIAE, II, § 410, bl. 52 en n. 2; MOLSTER, *Bep. omtr. d. geld- en fondsenhandel*, bl. 171. Verg. POTHIER, n. 125; 's Hage 13 Julij 1851, *W.* 1242. — (6) Zie 2e kgr. Amsterdam 4 Jan. 1849, *R. B.*, XI, bl. 52 en v.; H. R. 16 Maart 1852, *W.* 1394.

daarin met dezen hadden moeten gelijk gesteld worden, zoo dat gebruik kon opwegen tegen de bepaling van art. 1831.

633. De lasthebber neemt, volgens art. 1829 B. W., aan, eene zaak te verrigten voor den lastgever. De beteekenis dezer laatste woorden is enkel, dat de zaak verrigt wordt op verlangen, of, zoo men wil, voor rekening van den lastgever. Aan de vraag, ten voordeele van wien de zaak verrigt wordt, zijn die woorden geheel en al vreemd (1). Trouwens, gelijk de huurder den verhuurder niet met grond kan tegenwerpen, dat deze geen eigenaar is, en even weinig een bewaarnemer of leener zich daarop tegen de andere partij kan beroepen, om van alle verbindtenis vrij te zijn, zoo mag het ook onverschillig geacht worden, wie door de lastgeving eigenlijk bevoordeeld wordt, wanneer de lasthebber slechts van den lastgever aanneemt, om op verzoek en voor rekening van dezen eene zaak te verrigten.

634. Men pleegt bij deze gelegenheid te spreken over de verschillende wijzen, waarop, volgens de leer van JUSTINIANUS (2), lastgeving kan worden aangegaan; in het belang van den lastgever alleèn, in het belang van den lastgever en den lasthebber, in het belang van een' derde, of in het belang van den lasthebber en een' derde, maar niet in het belang van den lasthebber alleen. Verschillend wordt er gedacht over de vraag, of lastgeving geldig kan plaats hebben in het belang van een' derde alleen. Bij de bevestigende beantwoording dier vraag (3) pleegt men zich daarop te beroepen, dat de lastgever, die aan een' ander opdraagt iets voor een' derde te verrigten, daardoor jegens dezen als negotiorum gestor verbonden wordt, en dus volkomen belang heeft bij de vervulling van den last en op dien grond haar in regten vorderen kan. Maar DURANTON, die van eene tegenovergestelde meening is (4), merkt niet ten onregte aan, dat dit belang zeer begrijpelijk is, wanneer de lastgever reeds vóór de lastgeving als negotiorum gestor of anderszins jegens den derde verbonden was, dat dan echter ook de lastgeving niet meer uitsluitend in het belang van den derde, maar tevens in het belang van den lastgever zou zijn; doch dat de lastgever zonder belang is, wanneer hij heeft opgedragen de zaak van een' derde, tot wien hij in geene betrekking stond, te verrigten; dat hij, bij gebreke van belang, de vervulling van den last in regten niet kan vorderen, en de lastgeving zelve dus krachteloos is. Ik geloof bovendien, dat het geheele beroep op eene

(1) Dit schijnt voorbijgezien te zijn door DURANTON, XVIII, n. 201. — (2) Zie pr., § 1-6 Inst. *de mandato*; l. 2 D. *mandati* (XVII, 1); GAJUS, *Instit.*, III, § 155 en v.; POTHIER, n. 15 en v.; MALLEVILLE, IV, bl. 92 en v.; DURANTON, XVIII, n. 200 en v.; TROPLONG, n. 34 en v. — (3) POTHIER, n. 17; TROPLONG, n. 36. — (4) DURANTON, XVIII, n. 201. Verg. ZACHARIAE, II, § 410, bl. 51, n. 10.

negotiorum gestio niet gegrond geacht kan worden, omdat de derde, voor wien de lastgeving is eene res inter alios, die hem niet aangaat, hierin bezwaarlijk een voldoenden grond zal kunnen vinden om, wanneer hij zijne zaken door een' ander ziet waarnemen, deswege niet dezen aan te spreken, maar hem, op wiens last deze heeft gehandeld. Bovendien zou de lastgeving kwalijk door de negotiorum gestio van waarde kunnen zijn, zoo deze eerst door gene ontstaat. Maar zoo ik al vermeen, den aangevoerden grond te moeten wraken, ik aarzel desniettemin niet, de vraag bevestigend te beantwoorden. Vooreerst toch moet er geen sprake zijn van een beding ten behoeve van een' derde, wanneer men vasthoudt aan het begrip van lastgeving, waarbij de lastgever niet voor een' derde bedingt, maar zelf opdraagt iets voor zijne rekening te verrigten. En al kan nu de lastgever niet altijd gezegd worden schade te lijden, doordien de last niet wordt vervuld, al zal dit dus niet altijd aanleiding geven tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, en alzoo de lasthebber soms niet door dwangmiddelen tot de nakoming der overeenkomst kunnen verpligt worden, — dit bewijst wel, dat de lastgeving in dit geval niet even volkomene gevolgen heeft, maar niet, dat zij zelve onbestaanbaar zou zijn, waarvan het gevolg moest wezen, dat ook de lasthebber, die den last heeft vervuld, en nu zijn' eisch tegen zijnen lastgever instelt, op dien grond door dezen zou kunnen worden afgewezen. Hiertoe zie ik geene reden, omdat de wet nergens vordert, dat de last vervuld worde in het belang van den lastgever, en de zaak zeer goed voor den lastgever kan verrigt worden, al geschiedt het in het belang van een' derde.

635. Zelfs geloof ik, dat de lastgeving enkel in het belang van den lasthebber kan geschieden. Wanneer de handeling daardoor in eene bloote raadgeving zou ontaarden, bestaat er voorzeker niet alleen geene geldige lastgeving, maar, gelijk wij reeds vroeger zagen, geheel geene lastgeving. Maar wanneer ik iemand opdraag om voor mij een huis te koopen, dat ik van plan ben, en zelfs ook beloof, aan hem te schenken, of wanneer ik mijn' schuldeischer opdraag het bedrag eener inschuld te ontvangen, om daardoor bij compensatie zijne inschuld voldaan te krijgen, dan zal wel de lastgeving enkel in het belang van den lasthebber zijn, die door den koop of de compensatie bevoordeeld zal worden, doch de koop wordt evenwel voor den lastgever verrigt en het geld voor hem ontvangen; er is dus lastgeving, en tusschen genen en den lasthebber bestaan al de gewone regten en verpligtingen. Men zou hier dan ook wel van eene procuratio in rem suam kunnen spreken, maar niet om daaraan eigene, van die der lastgeving in het algemeen onderscheidene gevolgen toe te kennen. Zelfs ten aanzien der herroepelijkheid staat zij zonder bepaald beding met andere lastgevingen gelijk.

636. Volgens art. 1829 B. W., ook hierin overeenkomende met art. 1984 C. N., neemt de lasthebber aan eene zaak te verrigten voor den lastgever „in deszelfs *naam.*" Men zou daaruit moeten afleiden, dat het tot het wezen der lastgeving behoort, dat door den lasthebber in naam van den lastgever wordt gehandeld, en zoo is het dan ook bepaaldelijk bij ons voorgesteld door OPZOOMER (1), die juist daarin het onderscheidend kenmerk tusschen lastgeving en huur van diensten wil gevonden hebben, dat iemand bij de eene slechts eene zaak voor een' ander verrigt, bij de andere haar niet slechts voor een' ander, maar ook in diens naam verrigt. Ik geloof, dat deze onderscheiding onjuist is, dat men aan de lastgeving op die wijze ten onregte een kenmerk opdringt, 'twelk niet tot haar wezen behoort, dat men haar binnen al te enge grenzen beperkt, en daarvan uitsluit, wat werkelijk lastgeving is en geene huur van diensten zijn kan.

Wanneer men voor een oogenblik de bepaling van art. 1829 B. W ter zijde stelt, dan heeft naar het algemeen begrip, dat door het woord wordt uitgedrukt, lastgeving plaats, wanneer de een den ander iets opdraagt, hetwelk deze aanneemt voor hem te verrigten. Veelal is tot eene rigtige uitvoering van dien last noodig, dat gehandeld worde in den naam des lastgevers, omdat anders het doel niet of althans niet even goed bereikt zou worden. Dit is het geval, zoo dikwijls de lastgever eene verbindtenis met een' derde wenscht aan te gaan en daartoe de tusschenkomst van een' lasthebber bezigt. Maar dikwijls ook kan de last even goed volvoerd worden zonder dat de naam van den lastgever wordt genoemd; dit kan zelfs in zijn belang zijn, wanneer hij juist daarom de tusschenkomst van een' lasthebber bezigt, omdat hij zelf onbekend wil blijven bij dengene, met wien hij anders in aanraking moest komen. In beide gevallen nu wordt de handeling evenzeer door den lastgever opgedragen en door den lasthebber aangenomen, en kan zij evenzeer door dezen worden volvoerd. Wel verschillen de verbindtenissen, die daaruit voor den lastgever en den lasthebber tegenover derden ontstaan, naarmate al of niet in naam van den lastgever is gehandeld; maar dat verschil in de gevolgen der lastgeving neemt volstrekt niet weg, dat er in beide gevallen lastgeving bestaat. Dit valt te meer in het oog, wanneer men bedenkt, dat lastgeving, ook naar de bepaling onzer wet, eene overeenkomst is tusschen den lastgever en den lasthebber, en dat de verbindtenissen, die daaruit ten aanzien van derden kunnen ontstaan, niet van beslissenden invloed kunnen zijn op het wezen der tusschen partijen aangegane overeenkomst. Het is dus naar den aard der zaak geen

(1) III, bl. 228 en v. ZACHARIAE, II, § 410, bl. 51, n. 7, schijnt van, dezelfde meening te zijn, maar erkent, § 415, 3°, bl. 56, toch ook daden, door den lasthebber op eigen naam verrigt.

noodzakelijk vereischte tot eene lastgeving, dat de lasthebber juist in den naam des lastgevers moet handelen. Wat meer is, het Romeinsche regt liet zelfs een' tijdlang geene handeling in naam des lastgevers toe, maar wilde, dat de lasthebber in eigen' naam zou handelen (1); en waardoor zou dan de zaak zoo zeer veranderd zijn, dat nu het tegenovergestelde zoo zeer moet gelden, dat er anders geene lastgeving zou kunnen zijn? — Het is zoo, onze wet spreekt van handeling in den naam des lastgevers, maar de reden hiervan schijnt daarin gezocht te moeten worden, dat inderdaad bij lastgeving veelal in naam van den lastgever wordt gehandeld, dat zij vooral dan al hare gevolgen vertoont en slechts dan de bron is dier regtsbetrekking tusschen den lastgever en derden, welke de wetgever mede in dezen titel heeft behandeld. Die bepaling moet daarom niet dienstbaar worden gemaakt tot eene beperking der lastgeving binnen onnatuurlijke grenzen. Indien dit werkelijk de strekking van art. 1829 was, dan zou de opdragt om iets voor een' ander, maar niet op diens naam te verrigten, alle bijzondere wettelijke regeling missen, wat de wetgever naauwelijks geacht kan worden bedoeld te hebben, vooral niet, omdat voor zoodanige beperking geen de minste grond bestond.

Het schijnt niet overbodig aan te merken, dat men in allen gevalle niet zou moeten vragen, gelijk OPZOOMER schijnt te doen, of iemand in zijn' eigen naam, dan wel in naam van een' ander handelt, maar dat alles zou moeten afhangen van de vraag, of aan hem is opgedragen en door hem aangenomen, in eigen naam dan wel in naam des lastgevers te handelen. De overeenkomst toch zal moeten beslissen en uit de strekking daarvan zal moeten worden opgemaakt, of zij al of niet als lastgeving beschouwd moet worden. Maar hoe nu, wanneer die overeenkomst daarover zwijgt? Naar onze meening zal er evenwel lastgeving zijn; naar de onderscheiding van OPZOOMER noch lastgeving, noch huur van diensten. En hoe, zoo de lasthebber zich, zonder eenig nadeel van den lastgever, op dat punt niet aan de opdragt houdt?

Ten slotte is de onderscheiding, door OPZOOMER gemaakt, ook daarom niet aannemelijk, dat er gevallen kunnen zijn, waarin noch lastgeving, noch huur van diensten zou aanwezig zijn. Wanneer iemand eene opdragt aanneemt om voor mij, maar op zijn' eigen naam, een paard te koopen, en zulks zonder voor zijne moeite eenige belooning te genieten, wat voor het kenmerkende van lastgeving onverschillig is, dan zou dit geene lastgeving, maar huur van diensten moeten zijn. Maar hiertoe is, volgens art. 1585 B. W., noodig, dat iets moet verrigt worden tegen betaling van een bepaalden prijs of loon, en aan huur van diensten kan hier dus niet worden gedacht.

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 4, 511 en v.

Mijns inziens is hier wel degelijk lastgeving, en moeten de regten en verpligtingen van hem, die den last opdroeg, en van hem, die den last aannam, naar dezen titel beoordeeld worden (1).

637. Wij zullen op de verschillende gevolgen, naarmate de lasthebber op eigen naam of in naam van den lastgever gehandeld heeft, nader terugkomen. Zijne bevoegdheid, om óf het een óf het ander te doen, hangt in het algemeen af van de lastgeving, wier bepaalde voorschriften de lasthebber natuurlijk ook in dezen volgen moet. Waar niets daaromtrent bepaald is, moet alleen de vermoedelijke bedoeling beslissen. Men zal daarbij als algemeenen regel kunnen aannemen, dat, zoo dikwijls de lastgever er belang bij kan hebben, dat in zijnen naam gehandeld worde, de lasthebber daartoe verpligt is, tenzij het tegendeel uit de lastgeving voortvloeit. En de lasthebber, die, ofschoon op naam des lastgevers moetende handelen, evenwel in eigen naam gehandeld heeft, maakt zich daardoor aan een verzuim schuldig, 'twelk hem aansprakelijk kan doen zijn voor kosten, schaden en interessen (2).

§ 2.

Over de bekwaamheid tot het aangaan eener lastgeving.

638. Lastgeving is eene overeenkomst, en allen, die in het algemeen bevoegd zijn, overeenkomsten aan te gaan, zijn ook bekwaam tot lastgeving. Gelijk in het algemeen eene overeenkomst niet juist tusschen twee personen wordt aangegaan, maar eene handeling is, waarbij een of meer personen zich jegens een of meer andere verbinden, zoo kunnen ook verscheiden personen tegelijk als lastgevers optreden en meer dan één lasthebber worden aangesteld, zoo als ook blijkt uit art. 1841 en 1848 B. W., waar de aard der daaruit ontstaande verbindtenis nader wordt geregeld. De bevoegdheid daartoe behoefde niet uitdrukkelijk te worden toegekend. Aan den anderen kant strekt zich de bekwaamheid ten aanzien van lastgeving ook niet verder uit, dan die tot het aangaan van overeenkomsten in het algemeen.

639. Wat den lastgever betreft, ligt dit in den aard der zaak; de wetgever heeft hem geene ruimere bevoegdheid gegeven, en ten aanzien van hem, die, hoezeer onbekwaam om eene overeenkomst aan te gaan, evenwel aan een' ander een' last heeft opgedragen, die door dezen is aangenomen, is die lastgeving van geen meerdere kracht, dan elke andere overeenkomst wezen zou. Het spreekt bovendien van zelf, dat hem, die onbekwaam is om zelf te handelen, geene

(1) Verg. ook DURANTON, XVIII, n. 198 en v.; TROPLONG, n. 8, 33, 519 en v.; V. SAVIGNY, *Obligr.*, II, bl. 59 en v. — (2) TROPLONG, n. 527 en v.

bevoegdheid kon worden toegekend om geldig anderen voor zich te laten verrigten, wat hij zelf niet zou kunnen doen. Om geldig lastgever te zijn, moet men alzoo vooreerst in het algemeen bekwaam wezen om overeenkomsten aan te gaan, en zoo de lasthebber in naam van den lastgever zal kunnen handelen, moet deze voorts in het bijzonder bevoegd zijn tot de handeling, die hij aan genen opdraagt (1).

640. Ten aanzien van den lasthebber geldt in het algemeen hetzelfde. Men kan zich ook als zoodanig slechts geldig verbinden, wanneer men bekwaam is om overeenkomsten aan te gaan. Al schijnt de bepaling van art. 1835 B. W. hiermede te strijden, zoo bestaat toch die strijd slechts in schijn. Niet alleen toch, dat de wet enkel bepaalt, dat vrouwen en minderjarigen tot zaakgelastigden kunnen gekozen worden, en dus niet uitdrukkelijk aan hen eene bekwaamheid toekent, die zij in het algemeen missen en dus zonder uitdrukkelijke toekenning niet kunnen bekomen; maar de wet verwijst ook naar de algemeene bepalingen, de verbindtenissen van minderjarigen en getrouwde vrouwen betreffende, en inderdaad zou dus de betrekking tusschen een' lastgever en zoodanigen lasthebber geheel dezelfde zijn, wanneer de bepaling van art. 1835 niet in de wet voorkwam. Hunne bekwaamheid is dus ten aanzien van lastgeving niet grooter dan ten aanzien van elke andere overeenkomst (2). Ook wat de handelingen zelve betreft, die deze in het algemeen onbekwame personen ten gevolge der lastgeving verrigten, kan men in het algemeen geene meerdere bekwaamheid toeschrijven, maar mag men veilig aannemen, dat hetgeen zij op eigen naam verrigten, niet meer kracht heeft, dan wanneer zij het zonder lastgeving en voor zich zelve deden.

641. De bepaling van art. 1835 B. W., geheel overeenstemmende met art. 1990 C. N., is enkel gemaakt met het oog op hetgeen bij lastgeving meestal geschiedt, 'twelk wij zagen, dat den wetgever ook bij de bepaling dier overeenkomst in art. 1829 voor den geest stond, dat namelijk de lasthebber in naam van den lastgever

---

(1) TARRIBLE, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 296; DURANTON, XVIII, n. 213; ZACHARIAE, II, § 411, bl. 52; TROPLONG, n. 329. In n. 33 ontkent deze schrijver dit laatste, en beweert, dat men in sommige gevallen juist een' gemagtigde neemt om te doen, wat men zelf niet kan doen; terwijl hij tot voorbeeld aanvoert den procureur, die handelingen verrigt, waartoe een bijzonder persoon niet wordt toegelaten. De bedenking vervalt echter, wanneer men den procureur ten aanzien dier handelingen niet beschouwt als lasthebber in den zin der wet; zij vervalt bovendien ook bij eene andere beschouwing, wanneer men bedenkt, dat bijzondere personen niet wegens eenige onbekwaamheid tot het uitoefenen van regten tot die handelingen niet worden toegelaten, maar dat dit aldus slechts in het belang der regtsbedeeling is vastgesteld. — (2) Verg. ook *Conf. du C. C.*, VI, bl. 274.

handelt. Vanhier dat zoodanig voorschrift in het Romeinsche regt niet voorkomt (1), omdat dit slechts handelingen van den lasthebber op eigen naam kende. In dat geval nu is de lasthebber enkel een tusschenpersoon of, zoo men wil, een werktuig, waardoor de lastgever met derden handelt. Het komt dan slechts aan op de bekwaamheid van dien lastgever en die derden, de eigenlijke handelende personen, en de bekwaamheid van den tusschenpersoon kan voor hunne handeling als eene onverschillige zaak beschouwd worden. De wetgever heeft daarom die handeling, niettegenstaande de ombekwaamheid van den lasthebber, willen erkennen, en heeft dit gedaan door de bepaling van art. 1835, dat vrouwen en minderjarigen tot zaakgelastigden gekozen kunnen worden (2). Ten gevolge hiervan kan niet alleen de derde zich niet op de onbekwaamheid beroepen van hem, met wien hij heeft gehandeld, wat hij ook reeds om art. 1367 *b* B. W. niet zou hebben kunnen doen, maar daardoor is het ook den lastgever onmogelijk gemaakt, zich achter de onbekwaamheid van zijn' lasthebber te verschuilen, hetzij tegenover dien lasthebber zelven, hetzij tegenover derden, met wie deze als zoodanig gehandeld heeft.

642. De verbindtenis tusschen den lastgever en den derde, met wien, krachtens lastgeving, voor en namens hem gehandeld werd, is, welke ook de bekwaamheid van den lasthebber zij, even geldig, alsof zij in persoon tezamen gehandeld hadden. Anders is het ten aanzien der verbindtenissen tusschen hen en den lasthebber. „De lastgever heeft," volgens art. 1835 B. W., „geene andere regtsvordering tegen minderjarigen, dan overeenkomstig de algemeene bepalingen, die tot de verbindtenissen der minderjarigen betrekkelijk zijn, en tegen getrouwde vrouwen, die zonder magtiging harer mans den last hebben op zich genomen, dan volgens de regelen, bij den zesden en achtsten titel van het eerste boek van dit Wetboek voorgeschreven." Zoo hij dus tegen den lasthebber vergoeding wilde eischen van kosten, schaden en interessen, waar een gewoon lasthebber die zou verschuldigd zijn, dan kan de onbekwame zich beroepen op de nietigheid der overeenkomst, en is de zoodanige niet verder aansprakelijk, dan voor zoo ver hij, door hetgeen hij als lasthebber mogt hebben ontvangen, is gebaat of het genotene tot zijn voordeel heeft gestrekt (3).

(1) Wel komen er gelijksoortige bepalingen voor, maar deze zijn niet juist voor lastgeving gemaakt. Verg. TROPLONG, n. 330. In § 5 Inst. *qui, quibus ex causis, manumittere non possunt*, wordt dan ook gesproken van het vrijlaten van een' slaaf *procuratoris habendi gratia*. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 286, 296 en v.; DURANTON, XVIII, n. 212; TROPLONG, n. 330 en v.; ZACHARIAE, II, § 411, bl. 52. — (3) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 297, 310; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 274; TROPLONG, n. 333 en v.; ZACHARIAE, II, § 411, bl. 52.

643. Art. 1835 B. W. spreekt, even als art. 1990 C. N., alleen van de verbindtenis tusschen den lasthebber en den lastgever, niet van die tusschen genen en den derde, met wien hij gehandeld heeft. Intusschen, zal ook te dien aanzien hetzelfde moeten gelden, niet alleen wanneer de lasthebber op eigen naam, maar ook wanneer hij in naam des lastgevers gehandeld heeft, zoo dikwijls de derde aanspraak op hem zou hebben; b. v. wanneer hij, zonder den derde behoorlijk van zijne volmagt kennis te geven, boven zijn' last had gehandeld. Tusschen den lasthebber en den derde gelden ook de gewone regelen omtrent overeenkomsten met een' onbekwame aangegaan.

644. Art. 1835 spreekt, even als art. 1990 C. N., in het algemeen van vrouwen, ofschoon voor deze in het algemeen zoodanige bepaling niet noodig was, daar vrouwen als zoodanig niet in de uitoefening van burgerlijke regten zijn beperkt. Het laatste gedeelte van het artikel spreekt dan ook bepaaldelijk van getrouwde vrouwen, en deze zijn zeer zeker ook in den aanhef bedoeld. Bij de beraadslaging over den C. N. schijnt zwarigheid gemaakt te zijn om eene getrouwde vrouw zonder magtiging van haren man als lasthebster te erkennen; maar, ofschoon men bezwaarlijk met BERLIER zal kunnen beweren, dat de man de volvoering van den last kan beletten, en, waar hij dit niet doet, geacht mag worden daarin toe te stemmen; en ofschoon, hetgeen TARRIBRE tot verdediging aanvoerde, meer als fraaije woorden dan als afdoende redenering beschouwd kan worden (1); — zoo was er zeker geene reden om hier de bevoegdheid der vrouw meer te beperken dan in het algemeen geschiedt, maar kon haar dezelfde bevoegdheid worden gelaten, die zij in andere opzigten heeft, en meer heeft de wetgever niet gedaan (2).

645. Art. 1835 B. W. spreekt van minderjarigen in het algemeen, terwijl art. 1990 C. N. sprak van mineurs émancipés, en art. 1845 Wetb. van 1830 van minderjarigen, die handligting bekomen hebben. De beperking kwam onzen wetgever teregt ongegrond voor, en is daarom weggelaten (3); gelijk trouwens ook de schrijvers over het Fransche regt de genoemde bepaling niet in beperkenden zin opvatten, maar hetzelfde aannemen ten aanzien van minderjarigen, die geene handligting hebben bekomen (4). Men mag dan ook de toepassing der wetsbepaling niet tot zekeren ouderdom beperken (5).

646. Art. 1835 B. W. spreekt, even als art. 1990 C. N., alleen van vrouwen en minderjarigen; het is intusschen niet twijfelachtig,

---

(1) Zie *C. N. et Mot.*, VI, bl. 287, 299. — (2) Verg. TROPLONG, n. 335. — (3) VOORDUIN, V, bl. 404 en v.; ASSER, § 852; DE PINTO, II, § 1021, bl. 483; 3e uitg. § 1081, bl. 597. — (4) DURANTON, XVIII, n. 212; TROPLONG, n. 332; ZACHARIAE, II, § 411, bl. 52, n. 8. — (5) Verg. VERNEDE, op art. 1835 B. W.

dat hetzelfde ook geldt van andere personen, die onbekwaam zijn om overeenkomsten aan te gaan. Worden deze hier niet genoemd, dit kan niets ter zake doen, omdat hier ook geene bijzondere regten worden toegekend.

647. Wij merken voorts alleen nog aan, dat een vennoot bij wijze van geldschieting, anders en commandite genaamd, volgens art. 20 *b* W. v. K., niet in de zaken der vennootschap werkzaam mag zijn, zelfs niet uit kracht eener volmagt, en dus als lasthebber.

§ 3.

Van het onderwerp der lastgeving.

648. Wat het onderwerp der lastgeving betreft, art. 1829 B. W. spreekt in het algemeen van eene zaak te verrigten. Tot nadere ontwikkeling hiervan is aangemerkt, dat die zaak niet geheel onbepaald moet zijn (1). Uitdrukkelijk aangewezen behoeft zij juist niet te zijn, wanneer maar tusschen partijen deswege geene onzekerheid bestaat; ook kan men b. v. waar het een' koop geldt van zaken, die slechts ten aanzien harer soort bepaald zijn, de nadere bepaling, als ook den te betalen prijs, aan den lasthebber overlaten, maar eene lastgeving, waarvan het onderwerp geheel onbepaald was, zou naar den aard der zaak onbestaanbaar, en ook volgens art. 1356 en 1369 B. W. nietig zijn.

649. Verder is aangemerkt, dat het onderwerp eener lastgeving moet zijn eene toekomstige handeling, iets dat nog verrigt moet worden, en inderdaad ligt dit in den aard der zaak en volgt het genoegzaam uit het opdragen en aannemen van een' last. Wanneer dus de een aan den ander opdraagt, om voor hem ten behoeve van een' derde een huis te koopen, dat reeds ten behoeve van dezen is gekocht, zoo vervalt de lastgeving bij gebreke van onderwerp of van oorzaak. Was het de lasthebber zelf, die reeds voor zich dat huis ten behoeve van dien derde had gekocht, zoo kan hij dezen koop niet als eene uitvoering van den last doen voorkomen, om tegen den lastgever als zoodanig zijn verhaal te hebben: hij kon toch door zijn vroegeren koop geen lateren last volbrengen, en na dien last was er niets meer te volvoeren. Dit is het dan ook vooral, waarom men bepaaldelijk de lastgeving tot toekomstige handelingen beperkt; men wil daardoor te kennen geven, dat een lasthebber, wat hij vroeger uit zich zelv' verrigtte, niet in verband kan brengen met een lateren last. Voor het overige wordt teregt erkend, dat, wanneer de lasthebber, ook zelf

(1) POTHIER, n. 9; DURANTON, XVIII, n. 193.

onbewust, dat het doel der lastgeving reeds was bereikt, ter volvoering van den last eenige onkosten heeft gemaakt, deze door den lastgever vergoed moeten worden (1).

650. De handeling, die het onderwerp der lastgeving uitmaakt, moet voorts mogelijk zijn en door den lasthebber volbragt kunnen worden, zal de lastgeving geldig en bron eener wezenlijke verbindtenis zijn (2). TROPLONG vordert, dat de handeling ook eene den lastgever nuttige strekking hebbe (3); maar ik zie hiervoor in de wet geen grond, en acht voorts het begrip eener nuttige strekking, waartoe men ook zedelijk genoegen brengt, te weinig bepaald om haar als een vereischte eener geldige lastgeving te beschouwen. Anders is het met het vereischte, dat de handeling niet ongeoorloofd, niet strijdig met de wetten of met de goede zeden mag wezen (4). Waar dit het geval is, moet de lastgeving noodwendig nietig zij, bij gebreke eener geoorloofde oorzaak, zonder welke zij niet bestaanbaar is. De lastgever kan dus te dier zake geene vordering instellen tegen den lasthebber, en deze heeft even weinig verhaal tegen genen, wegens onkosten, welke hij heeft gemaakt. Dit geldt intusschen alleen voor het geval, dat de opgedragen handeling op zich zelve ongeoorloofd of onzedelijk is, of dat zij dit is in bepaald verband met andere ongeoorloofde of onzedelijke handelingen. Waar de lasthebber, van zoodanig verband onbewust, voor eene op zich zelve geoorloofde handeling onkosten heeft gemaakt, kan hij de vergoeding daarvan vorderen (5).

651. De handeling moet voorts van dien aard zijn, dat zij door een' ander voor den lastgever verrigt kan worden, en niet de eigen persoonlijke werkzaamheid van dezen noodzakelijk vordert. Dit laatste is b. v. volgens art. 133 B. W. het geval met het voltrekken van een huwelijk, tenzij de Koning overeenkomstig art. 134, uit hoofde van gewigtige redenen, aan partijen vergunt het huwelijk door een' gevolmagtigde te mogen voltrekken. Zoo moet ook een eed, volgens art. 1982 B. W., in den regel persoonlijk worden afgelegd, behoudens de bevoegdheid van den regter om, wegens gewigtige redenen, de aflegging door een' gemagtigde toe te staan. Zoo kan ook een uiterste wil slechts door den erflater zelven in persoon, niet door een' gemagtigde worden opgemaakt. Op gelijke wijze is in den regel lastgeving uitgesloten, waar men voor den regter moet verschijnen. De uitzondering, die art. 389 B. W. hierop maakt ten behoeve van

---

(1) Verg. POTHIER, n. 6; DURANTON, XVIII, n. 204; TROPLONG, n. 29; ZACHARIAE, II, § 410, bl. 51 en n. 8. — (2) DURANTON, XVIII, n. 194; POTHIER, n. 12 en v. — (3) TROPLONG, n. 32. — (4) POTHIER, n. 7 en v.; DURANTON, XVIII, n. 192; TROPLONG, n. 30 en v.; ZACHARIAE, II, § 411, bl. 53. — (5) TROPLONG, n. 31.

den toezienden voogd en van bloedverwanten en aangehuwden van eenen minderjarige, mag daarom niet tot andere gevallen worden uitgebreid, en vindt bepaaldelijk geene toepassing bij het verhoor in art. 476 en v. B. W. voorgeschreven. Zoo moet ook hij, die als getuige is opgeroepen, zelf getuigenis afleggen en kan dit niet door een' gemagtigde laten doen. In stafzaken is wel bij uitzondering in art. 253, 1° W. v. Sv. den gedaagde wegens overtredingen van politie vergund, door een' gelastigde te verschijnen, en mag, volgens art. 226 van dat Wetboek, in correctionele zaken de beklaagde zich door een' advokaat of procureur laten vertegenwoordigen, wanneer op het misdrijf geene gevangenisstraf is bedreigd; maar deze uitzonderingen bewijzen, dat voor het overige de persoonlijke verschijning van den beklaagde of beschuldigde noodig is, en niet door die van een' gemagtigde vergoed kan worden.

652. In het bijzonder komt hier nog de vraag in aanmerking, of een lasthebber als zoodanig ook voor zijn' lastgever eene regtsvordering kan instellen. In het Romeinsche regt was zulks vroeger niet toegelaten; en dit kon ook wel niet anders, zoolang een lasthebber op eigen naam en niet op naam van den lastgever moest handelen. JUSTINIANUS liet het echter toe, „agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno — veluti procuratorio, — cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela —; et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio, itemque aliae multae causae saepe hominibus impedimento sunt, quominus rem suam ipsi exsequi possint" (1). Men zag dus ook hier dezelfde reden om door een' lasthebber te kunnen handelen, als die in het algemeen de lastgeving noodzakelijk maakt, en men liet haar ook hier toe, toen de aard der zaak haar hier niet meer belette. In het oude Fransche regt gold echter de regel: „en France nul, si ce n'st le roi, ne plaide par procureur." Maar deze regel schijnt geheel van staatkundigen aard te zijn geweest en ingevoerd ter fnuiking van den trots der leenheerlijke aristocratie, die het beneden zich achtte op eigen naam regt te vragen (2), en dus geenszins het gevolg daarvan, dat de aard der zaak zoodanig verbod medebragt. Trouwens, was dit laatste het geval, dan ware ook kwalijk de uitzondering ten behoeve van den Vorst toelaatbaar geweest. Veranderde tijden maakten dan ook het verbod overbodig, dat noch in den C. de P. C., noch in het W. v. B. R. gevonden wordt.

Desniettemin wordt er én onder de Fransche én onder onze tegen-

(1) Pr. Inst. *de his, per quos agere possumus.* — (2) TROPLONG, Préf. n. 2.

woordige wet verschillend over de vraag gedacht. Dat een lasthebber niet op zijnen naam eene regtsvordering kan instellen voor een' ander, zonder zich als diens' lasthebber kenbaar te maken, zoo als hij op die wijze voor een' ander een paard kan koopen, kan wel niet twijfelachtig zijn. Ik zou mij hierbij niet willen beroepen op art. 6 W. v. B. R., hetwelk in het exploit van dagvaarding den voornaam, den naam en de woonplaats des eischers vermeld wil hebben; want de lasthebber zou hier de eischer zijn, en met de vermelding van zijn' naam en woonplaats zou dus aan dat voorschrift voldaan wezen. Maar zijne niet-ontvankelijkheid zou een noodwendig gevolg daarvan zijn, dat hij voor zich geene regten kan ontleenen uit eenige tusschen zijn' lastgever en den gedaagde bestaande verbindtenis, en hem dus geene actie tegen dezen toekomt. — Maar geheel anders is het, wanneer een lasthebber als eischer optreedt, als gemagtigde van zijnen lastgever, dien hij noemt; hij vordert dan niets voor zich zelven, maar alles voor dien lastgever, of, zoo men liever wil, voor zich als vertegenwoordiger van dezen; en hetgeen tusschen hem en den gedaagde voorvalt, moet geacht worden tusschen dezen en den lastgever voorgevallen te zijn, even als dit in het algemeen het geval is, wanneer een lasthebber in naam van zijnen lastgever handelt. Daartegen nu is nergens in de wet eenig verbod te vinden. De oude Fransche regtsregel kan natuurlijk als zoodanig geen kracht bij ons hebben, en is nergens door onzen wetgever bekrachtigd. Wel schrijft art. 6 *a* W. v. B. R. voor, dat in alle gedingen, waarin de Koning als eischer optreedt, het exploit zal geschieden en de zaak worden voortgezet ten name van en door zoodanigen gemagtigde, als hij zal aanwijzen; en hierdoor wordt wel beslist, dat voor den Koning een gemagtigde als eischer *moet* optreden, en dat de eisch door dezen moet worden ingesteld *op eigen naam* en niet op naam des Konings, maar ten aanzien van alle andere personen beslist het artikel niets. Men zie ook geene stilzwijgende bekrachtiging van den regel in andere bepalingen, b. v. art. 135 en 327 W. v. K. Art. 135 toch behelst slechts eene fictio juris voor het bestaan eener volmagt, *strekkende* om den inhoud des wisselbriefs zelfs in regten in te vorderen; het erkent dus tevens, dat eene volmagt zoodanige strekking hebben kan, maar het beslist niets over de vraag, op wiens naam de vordering moet worden ingesteld. En zoo wordt ook in art. 327 den boekhouder eene volmagt door de wet gegeven, zonder dat over de wijze van uitvoering iets is beslist. Doch bovendien — en daarom behoeven wij ons ook met andere dergelijke bepalingen niet in te laten — kon de wetgever, zoo hij den regel had willen handhaven, kwalijk volstaan met van ter zijde hare erkenning te laten doorschemeren, maar had hij dien in de eerste afdeeling van den eersten titel W. v. B. R.

uitdrukkelijk moeten bekrachtigen, en was deze uitdrukkelijke bekrachtiging van den regel niet minder noodzakelijk dan de vaststelling der, niet facultatief maar gebiedend voorgeschrevene, uitzondering in art. 6. Art. 1829 B. W. bewijst niets meer voor het tegenovergesteld gevoelen. Hoe men toch ook wil denken over de woorden: in deszelfs naam, — wanneer de lasthebber als zoodanig optreedt als eischer voor zijn genoemden lastgever, dan handelt hij, hoezeer op eigen naam, inderdaad ook in naam van den lastgever.

Ook in den aard der zaak is er niets tegen, dat men zich evenzeer bij een regtsgeding, als bij andere burgerlijke handelingen kan laten vertegenwoordigen. Even als hier is dan ook daar de lasthebber het orgaan, door hetwelk de lastgever met derden in aanraking komt. Het bestaan van zoodanig orgaan kan ook voor den gedaagde veeltijds van belang zijn, opdat deze in de gelegenheid zij daarmede, en hierdoor met den misschien afwezigen lastgever te onderhandelen; de lasthebber toch is tegenover hem dominus litis, wat de pleitbezorger als zoodanig niet is. En dit is misschien wel juist de voornaamste ratio legis van het voorschrift van art. 6 W. v. B. R., waardoor den gedaagde eene toegankelijke tegenpartij wordt verzekerd, in plaats van den Koning, met wien een onderdaan kwalijk ter zake van een burgerlijk regtsgeding zou kunnen onderhandelen, en tegenover wien deze zich welligt als eene al te ongelijke partij zou beschouwen. Hoe dit zij, de bevestigende beantwoording der vraag komt mij voor door het hier aangevoerde voldoende gestaafd te zijn, of liever, de vraag schijnt mij naauwelijks eene vraag te wezen, en het nog alleen te zijn door vasthouding van een' regtsregel, die gold in een ander land en in een anderen tijd (1).

---

(1) Zie in gelijken zin CARRÉ, *Les lois de la proc. civ.*, I, qu. 290, en CHAUVEAU op CARRÉ, t. a. p., met de daar aangehaalde schrijvers; voorts OUDEMAN, I, bl. 7 en v., en *Nales.*, bl. 2 en v.; 2e uitg. bl. 7 en v.; DE PINTO, *Handl. t. h. W. v. B. R.*, II, 1, § 8, bl. 37 en v.; *Regtsg. Adv.*, III, bl. 118 en v.; mr C. J. FRANÇOIS, in *Themis*, V, bl. 439—459; H. R. 7 Mei 1852, *W.* 1350; Brielle 19 Aug. 1852, *W.* 1467. — Anders PIGEAU, I, bl. 52; DURANTON, handelende over negotiorum gestio, XIII, n. 659, n. 1, bl. 483 en v.; Amsterdam 28 Junij 1842, *R. B.*, IV, bl. 794 en v.; Breda 20 April 1847, *W.* 869; kgr. Groningen 21 Mei 1849, *W.* 1035; 5e kgr. Amsterdam 3 Dec. 1844, *R. B.*, VII, bl. 224 en v., bekrachtigd door de regtbank, zie bl. 229 ald.

§ 4.

Van de wijze, waarop lastgeving kan plaats hebben, wat den vorm betreft.

653. Art. 1830 B. W. zegt dienaangaande :„Last kan worden gegeven en aangenomen bij openbare akte, bij onderhandsch geschrift, zelfs bij eenen brief en ook bij monde. De aanneming van eenen last kan ook stilzwijgende geschieden, en afgeleid worden uit de volvoering van den last door den lasthebber." In het algemeen kan men dus zeggen, dat lastgeving op alle wijzen tot stand kan komen, waarop eene overeenkomst tusschen twee partijen kan worden aangegaan. Meer bepaald kan men zeggen, dat zij uitdrukkelijk en stilzwijgend kan geschieden, en uitdrukkelijk niet slechts schriftelijk, maar ook bij monde.

654. De aanneming van den last behoeft voorts niet op dezelfde wijze plaats te hebben, als de opdragt heeft plaats gehad; een schriftelijk gegeven last kan ook bij monde, een bij openbare akte gegevene kan ook stilzwijgend worden aangenomen. Dikwijls wordt dan ook de last op eene andere wijze aangenomen dan opgedragen, en wordt, waar de lasthebber namens den lastgever zal handelen, door dezen een schriftelijk bewijs van den last, eene volmagt (1) afgegeven, ten einde voor genen te strekken tot bewijs zijner bevoegdheid, om als lasthebber werkzaam te zijn; terwijl het bezit dier volmagt, in verband met de volvoering van den last, de aanneming genoegzaam staaft om een schriftelijk bewijs daarvan overbodig te doen zijn. Zoo ziet dan ook het vereischte eener schriftelijke magtiging of wel eener magtiging bij authentieke akte, in sommige gevallen uitdrukkelijk door de wet voorgeschreven, alleen op de opdragt van den last, niet op de aanneming, die ook dan bij monde of zelfs stilzwijgend kan geschieden.

655. In het algemeen behoort het niet tot het wezen van lastgeving, dat daarvan een schriftelijk blijk moet aanwezig zijn; het geschrift dient slechts tot bewijs van haar bestaan (2). In sommige gevallen is evenwel dit middel van bewijs, althans voor de opdragt van den last, zoo uitsluitend toegelaten, dat de lastgeving op geene andere wijze kan worden bewezen, en, daar het niet bewezene in regten als niet bestaande wordt beschouwd, dus ook zonder zoodanig schriftelijk blijk niet geacht wordt te bestaan. In het algemeen zij hierbij opgemerkt, dat de gebezigde woorden vrij onverschillig zijn, zoo maar de bedoeling daaruit genoegzaam blijkt (3).

(1) ASSER, § 850; DE PINTO, II, § 1017, bl. 482; 3e uitg. § 1077, bl. 597; POTHIER, n. 30. — (2) DURANTON, XVIII, n. 214. — (3) TROPLONG, n. 101.

656. In sommige gevallen wordt bepaaldelijk eene openbare akte, gelijk art. 1830 *a* haar noemt, of, gelijk het elders heet, eene authentieke akte gevorderd. Zoo kunnen, volgens art. 19 B. W., belanghebbende partijen bij het opmaken van akten van den burgerlijken stand vertegenwoordigd worden door eenen gemagtigde, daartoe bij authentieke akte aangesteld. Slechts zoodanig gemagtigde kan, volgens art. 32 B. W., een buiten echt geboren kind voor den vader erkennen. Alleen zoodanig gemagtigde kan, volgens art. 134 B. W., voor een' lastgever een huwelijk voltrekken. De volmagt tot het verleenen van hypotheek moet, volgens art. 1217 *b* B. W., bij authentieke akte worden verleden. Den gemagtigde tot het aannemen eener schenking moet, volgens art. 1720 *a* B. W., eveneens bij eene authentieke akte volmagt zijn verleend. En om een' eed door een' ander te kunnen afleggen, moet deze, volgens art. 1982 *b* B. W., bij authentieke akte daartoe gemagtigd zijn. Wij wijzen daarbij op de gebezigde uitdrukkingen: gemagtigde bij authentieke akte *aangesteld*, volmagt *tot*, volmagt *verleend*, daartoe *gemagtigd;* waaruit duidelijk schijnt te blijken, dat de authentieke akte alleen gevorderd wordt voor de opdragt van den last, niet ook voor hare aanneming, die dus ook hier, waar de opdragt bij authentieke akte moet plaats hebben, bij monde en zelfs stilzwijgend geschieden kan. Voor het overige zij nog aangemerkt, dat, volgens art. 38 *b* der Wet op het notarisambt van 9 Julij 1842 (Sb. n. 20), van de volmagt geen minuut behoeft te worden opgemaakt (1).

657. Art. 1830 B. W. spreekt verder van een onderhandsch geschrift, en dit is voldoende, zoo dikwijls niet bepaaldelijk eene authentieke akte vereischt is, ook dan, wanneer, gelijk b. v. in art. 263 W. v. B. R., eene schriftelijke volmagt gevorderd wordt. De wet voegt er bij: „zelfs bij eenen brief," die anders ook, blijkens art. 1911 B. W., tot onderhandsch geschrift gebragt wordt en dus, als van zelf onder die soort begrepen, geene afzonderlijke vermelding behoefde. Maar de wetgever schijnt bij de woorden „onderhandsch geschrift" bepaaldelijk gedacht te hebben aan onderhandsche akten, en van een' brief uitdrukkelijk te hebben gesproken, omdat dit wezenlijk een zeer gebruikelijke vorm voor de opdragt is. Hoe dit zij, een brief staat met andere onderhandsche stukken op dezelfde lijn, en is dus ook voldoende voor eene schriftelijke volmagt.

658. In den regel is geene schriftelijke volmagt noodig, maar kan last ook gegeven en aangenomen worden bij monde (2). De opdragt of aanneming van den last blijft er dezelfde om; alleen is in dit geval

(1) Duranton, XVIII, n. 215; Troplong, n. 103. — (2) In den C. N. is dit op verlangen van het Tribunat toegelaten. *Conf. du C. C.*, VI, bl. 271.

het bewijs minder gemakkelijk te leveren. Art. 1840 Wetb. van 1830 schreef, in navolging van art. 1985 C. N., voor, dat het bewijs door getuigen dienaangaande niet kan worden toegelaten, dan wanneer de waarde van het onderwerp de som van honderd gulden (dit stond in verband met de bepaling van art. 1943 aldaar) niet te boven gaat. Bij de latere herziening is dit echter weggelaten, omdat bij lastgeving, evenzeer als op alle andere overeenkomsten, toepasselijk zijn de algemeene voorschriften van art. 1932 en v. B. W., waarbij de vereischte bepalingen zijn gemaakt ten aanzien van het bewijs door getuigen (1). In het algemeen gelden hier omtrent het bewijs de algemeene regelen (2).

659. Volgens art. 32 *b* der Wet op het notarisambt moet, indien partijen, die eene notariële akte doen opmaken, krachtens mondelinge volmagt handelen, zulks in de akte worden vermeld. Die enkele vermelding is voldoende, en de notaris is niet belast met een onderzoek naar de echtheid der opgave van den lasthebber en het wezenlijk bestaan der lastgeving. Daarvan zou trouwens voor hem ook kwalijk anders kunnen blijken, dan wanneer met den lasthebber ook de lastgever voor hem verscheen, om deswege verklaring af te leggen; maar dan zou door de vermelding hiervan in de akte, die dan ook door den lastgever zou moeten worden geteekend, de lastgeving inderdaad eene schriftelijke worden en partijen dus niet meer krachtens mondelinge volmagt handelen (3). Volgens de bepaling van het eerste lid moeten onderhandsche of buiten het rijk verledene volmagten vooraf door de lasthebbers, in tegenwoordigheid van den notaris en de getuigen, voor echt erkend en ten blijke daarvan met dezen geteekend worden. Hier wordt dus ook geene erkenning van den lastgever gevorderd; en inderdaad zou ook zoowel hier als in het geval van het tweede lid, wanneer de lastgever zelf voor den notaris verschijnen moest, niet alleen de wijze van lastgeving veranderen, maar de lastgeving zelve ook geheel doelloos worden en niets uitwerken.

660. De echtheid der lastgeving wordt dus door die erkenning of vermelding niet verzekerd; daardoor wordt alleen gestaafd, dat de lasthebber de overgelegde volmagt voor echt erkend, of wel verklaard heeft mondeling gemagtigd te zijn en in die hoedanigheid te handelen. Hetgeen hij ook in het laatste geval als zoodanig verrigt, moet intusschen niet gelijk gesteld worden met de handeling van hem, die voor een' derde instaat of zich sterk maakt, door te beloven, dat deze iets doen zal, en zich aansprakelijk te stellen tot schadevergoeding, indien deze weigert de verbindtenis na te komen, volgens de bepaling van art. 1352 B. W. In dit geval is er geenerlei betrekking

(1) VOORDUIN, V, bl. 403 en v. — (2) TROPLONG, n. 102. — (3) Verg. A. J. VAN EELDE, in *R. en W.*, III, bl. 50—54.

tusschen den derde en hem, die zich voor dezen sterk maakt, noodig als grond dier handeling; ingeval van lastgeving, al is die ook mondeling geschied, wordt er zoodanige betrekking tusschen lastgever en lasthebber aangenomen, en is zij de grond, waarop deze handelt. En terwijl hij handelt in naam van den lastgever, is het alsof deze zelf gehandeld had, maar behoeft hij voor dezen niet in te staan. De vervulling der verbindtenis hangt ook niet meer van den wil des lastgevers af; het is alleen de vraag, of de lastgeving bewezen is of kan worden. Is dit het geval, zoo is de lastgever verbonden door hetgeen de lasthebber voor hem heeft verrigt. Waar zulks het geval niet is en de zoogenaamde lastgever de handeling, als eene res inter alios acta, niet voor zich erkent, is wel hij, die ten onregte als zijn lasthebber handelde, jegens derden aansprakelijk tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, doch hij is het niet op grond van art. 1352 B. W., maar omdat hij schade veroorzaakt heeft door eene onregtmatige daad (1).

661. De aanneming van eenen last, zegt art. 1830 *b* B. W., kan ook stilzwijgende geschieden en afgeleid worden uit de volvoering van den last door den lasthebber. Dit is dan ook wel het meest duidelijke blijk, dat de last is aangenomen. Maar de volvoering van den last is niet het eenige bewijs van stilzwijgende aanneming; deze kan ook blijken uit eene gedeeltelijke uitvoering van den last (2), wanneer niet alleen de lasthebber niet te kennen geeft, dat hij slechts voor zóó ver den last dacht uit te voeren, maar ook uit de omstandigheden zelve dier gedeeltelijke uitvoering zoodanige bedoeling niet kan worden afgeleid. De stilzwijgende aanneming kan voorts ook blijken zonder eenige uitvoering. Dat de beweerde lasthebber in het bezit eener volmagt is, is zeker op zich zelf geen voldoend blijk daarvan. Maar wanneer hij uit handen van den lastgever, die hem eenigen last opdroeg, de daartoe strekkende volmagt, zonder voorbehoud of bedenking en zonder eenige tegenspraak, aannam, kan dit wel degelijk als aanneming van den last beschouwd worden (3), indien althans geene bepaalde gronden voor het tegendeel uit de omstandigheden kunnen worden afgeleid. Anders is het, waar den lasthebber eene volmagt is toegezonden en door hem niet is teruggezonden. In dit geval zal de aanneming van den last daaruit, mijns bedunkens, niet anders dan in verband met andere omstandigheden kunnen worden opgemaakt. Het zal dus aan den regter staan, die omstandigheden te beoordeelen, daar het niet terugzenden ook eenvoudig een gevolg kan geweest zijn van achteloosheid of vergetelheid of andere oorzaken, die geene

---

(1) Verg. v. EELDE, t. a. p., bl. 54 en v. — (2) DURANTON, XVIII, n. 224. — (3) POTHIER, n. 32; DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 148.

aanneming in zich besluiten (1). Mijns bedunkens is het echter niet genoeg, dat de niet-terugzending niet blijkt een gevolg van dergelijke oorzaken te zijn; maar zullen de omstandigheden het waarschijnlijk moeten maken, dat de gemagtigde den last heeft willen aannemen en daarom de volmagt onder zich heeft gehouden, en zal bij gebreke hiervan aan geene stilzwijgende aanneming gedacht moeten worden.

662. Wat het geven van den last betreft, zoo zegt art. 1830 *a* B. W. alleen, dat dit bij geschrift en bij monde kan geschieden. Dit sluit echter niet uit, dat hetzelfde ook door gebaren kan geschieden, die de duidelijke uitdrukking van den wil des lastgevers bevatten, terwijl er in dat geval evenzeer eene uitdrukkelijke lastgeving bestaat, als wanneer de lastgever zijn' wil leesbaar of hoorbaar heeft uitgedrukt (2). Maar kan de last ook stilzwijgend gegeven worden (3)? De vraag is niet zonder belang, daar de regten en verpligtingen van iemand, die iets voor een' ander verrigt als negotiorum gestor, niet geheel dezelfde zijn als van hem, die zulks als lasthebber doet, bepaaldelijk waar het de vergoeding betreft, waarop hij aanspraak maken kan (4). Wanneer overal het inclusio unius exclusio alterius een afdoend argument was, dan zou men zeker, uit hetgeen art. 1830 *b* zegt ten aanzien van het aannemen van eenen last, met grond kunnen afleiden, dat eene stilzwijgende opdragt daarvan niet kan worden erkend Maar zoodanige redenering schijnt niet gegrond, wanneer het gevolg daarvan zou zijn eene afwijking van den gewonen regel; waartoe eene meer stellige wetsbepaling noodig is. Men merke toch wel op, dat art. 1830 *a* blijkbaar geheel van aanwijzenden aard is, en zeer zeker niet zegt, dat last alleen bij geschrift of bij monde kan gegeven worden. Aan den anderen kant zou ik ook niet, met SCHÜLLER (5), de bestaanbaarheid eener stilzwijgende lastgeving willen afleiden uit art. 1833 *b* B. W., waar tot eenige bepaalde handelingen eene uitdrukkelijke lastgeving vereischt wordt; omdat ik geloof, dat hier door dat woord iets anders verstaan moet worden, dan het tegenovergestelde van stilzwijgend. Evenmin zou ik, met TROPLONG (6), haar willen gronden op art. 1578 en 1922 C. N., niet alleen omdat die artikelen bij ons niet zijn overgenomen, maar ook omdat het laatste enkel spreekt van eene inbewaringgeving met uitdrukkelijke of stilzwijgende *toestemming* van den eigenaar, en het eerste,

---

(1) POTHIER, n. 33; DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 149 en v. — (2) TROPLONG, n. 102. — (3) Bevestigend antwoorden: POTHIER, n. 29; TROPLONG, n. 70 en v., 114 en v.; ZACHARIAE, II, § 411, bl. 52 en n. 5; DE PINTO, II, § 1017, bl. 482 en v.; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1830 B. W.; V. ASSEN, § 353, bl. 387. Ontkennend: TOULLIER, XI, n. 25 en v.; DURANTON, XVIII, n. 218 en v., hoezeer met eenige beperking. — (4) TROPLONG, n. 136. — (5) SCHÜLLER, op art. 1833 B. W. Verg. hieronder n. 674. — (6) TROPLONG, n. 123.

lastgeving geheel uitsluitende, wel niet gezegd kan worden eene stilzwijgende lastgeving te erkennen. Ik zou mij al verder niet willen beroepen op art. 164 B. W., hetwelk toch niet spreekt van eene stilzwijgende lastgeving, maar van eene, fictione legis *veronderstelde*, BEWILLIGING van den man. Maar gelijk het in 't algemeen voor eene overeenkomst voldoende is, wanneer maar blijkt van den overeenstemmenden wil van partijen, zoo moet dit, daar de wet het tegendeel niet bepaalt, ook gelden voor lastgeving. En zoo kan dan ook het geven van een' last stilzwijgend plaats hebben, wanneer de wil van den lastgever als zoodanig uit eenige handeling of uit de omstandigheden kan worden afgeleid. Ik geloof intusschen, dat men te ver zou gaan, wanneer men eene stilzwijgende lastgeving wilde erkennen, zoo dikwijls iemand, ziende en wetende, dat een ander iets voor hem verrigt, zich daartegen niet verzet (1). Dit niet-verzetten kan ook een gevolg daarvan zijn, dat hij begreep zich aan de daad van een' onbevoegde niet te moeten storen en door eene res inter alios acta niet gebonden te zijn. Voor het overige kan er in zoodanig geval, blijkens art. 1390 B. W., negotiorum gestio zijn, maar is er geene genoegzame reden om aan eene stilzwijgende lastgeving te denken. Deze kan echter worden aangenomen, zoo dikwijls uit de omstandigheden of uit eenige bepaalde daad blijkt, dat iemand werkelijk heeft bedoeld, eenige handeling door den ander te laten verrigten.

§ 5.

Van de wijze, waarop lastgeving kan plaats hebben, wat hare strekking en haren omvang betreft.

663. Lastgeving kan vooreerst niet alleen zuiver plaats hebben, maar ook onder eene opschortende of eene ontbindende voorwaarde, en evenzeer onder eene tijdsbepaling, hetzij deze een' tijd betreft tot en vóór welken, of wel na welken de last behoort te worden volvoerd (2). Zoodanige tijdsbepaling kan ook stilzwijgend in het aan beide partijen bekende doel der lastgeving opgesloten liggen, wanneer de volvoering van den last na zekeren tijd doelloos zou worden (3).

664. Men kan voorts lastgeving onderscheiden in eene bijzondere en in eene meer algemeene. Teregt merkt PUCHTA aan, dat de begrippen van bijzondere en algemeene volmagt betrekkelijk zijn, daar dezelfde volmagt, uit een verschillend oogpunt beschouwd, tot beide soorten kan behooren, en dat die begrippen menigmaal in al te vol-

---

(1) Zoo ook ZACHARIAE, t. a. p. en n. 6. Anders TROPLONG, n. 129 en v. — (2) POTHIER, n. 34 en v.; DURANTON, XVIII, n. 225 en v.; TROPLONG, n. 95. — (3) TROPLONG, n. 96.

strekten zin worden opgevat (1). Dit is ook het geval in art. 1832 B. W., volgens hetwelk lastgeving is óf bijzonder en slechts tot eene of meer bepaalde zaken, óf algemeen en tot alle zaken van den lastgever betrekkelijk. Zóó opgevat, zal het onderscheid dikwijls van bloot toevallige omstandigheden afhankelijk wezen, daar eene volmagt algemeen zal zijn, waarbij ik iemand de waarneming van al mijne zaken opdraag, en bijzonder zal worden, wanneer ik hem met de waarneming van al mijne zaken in Nederland belast, en toevallig ook buiten Nederland zaken waar te nemen heb. Algemeene lastgevingen in dien zin zullen zeldzaam zijn. Maar bovendien is de geheele onderscheiding tamelijk doelloos, omdat zij op de kracht der volmagt en de bevoegdheid van den lasthebber volstrekt geen' invloed heeft; daar toch in beide zoo even genoemde gevallen die bevoegdheid zeer zeker dezelfde is, en dit binnen de bij de volmagt aangewezen grenzen evenzeer het geval zal zijn met eene nog minder algemeene lastgeving.

665. De wet vordert intusschen tot sommige handelingen bepaaldelijk een daartoe aangestelden gemagtigde (art. 19, verg. art. 1217 *b*, 1720 *a* B. W.), eenen bijzonderlijk daartoe aangestelden gemagtigde (art. 32, 1962, 1971, 1982 *b* B. W.), een bijzonderen gevolmagtigde (art. 134 *a*, 389 *a* B. W.). Het spreekt van zelf, dat hier eene geheel andere bijzondere lastgeving bedoeld wordt, en dat ook voor hetgeen de wet in de laatstgenoemde artikelen vordert, eene bijzondere volmagt in den zin van art. 1832 niet voldoende is. In tegenoverstelling van deze bijzondere, is lastgeving algemeen, wanneer zij de handelingen, die den lasthebber worden opgedragen, niet met name aanwijst, maar in het algemeen, hetzij ten aanzien van enkele, hetzij van meer of wel van alle zaken of belangen van den lastgever, den lasthebber volmagt geeft (2). De zoodanige geeft intusschen bij al hare algemeenheid geene bevoegdheid tot die handelingen, waartoe de wet eene bijzondere volmagt vordert, dan voor zoo ver daarvan met name melding is gemaakt.

666. In het algemeen is de bevoegdheid van den lasthebber bepaald binnen de grenzen, door zijne volmagt aangewezen. Hij mag, volgens art. 1834 B. W., welks hoofdbepaling eigenlijk daar minder op hare plaats schijnt te zijn, en eerder in de tweede afdeeling had mogen gevonden worden (3), — hij mag niets doen, wat zijn' last te buiten gaat. En niet alleen, dat hij zijn' last niet mag overschrijden, hij is ook door zijne volmagt juist en alleen bevoegd tot datgene, wat hem daarbij wordt opgedragen, en niet tot andere handelingen, hoeveel gelijkheid deze ook daarmede hebben, en al staan ze daarmede ook in eenig verband (4).

(1) PUCHTA, *Vorl.*, I, bl. 112. — (2) Verg. TROPLONG, n. 274 en v. — (3) TROPLONG, n. 256. — (4) Verg. TROPLONG, n. 260; ZACHARIAE, II, § 412, bl. 53.

667. De wetgever heeft niet alleen het beginsel uitgedrukt, maar er de toepassing op een bijzonder voorbeeld bijgevoegd. De magt, zegt art. 1834 B. W., om eene zaak bij wege van dading af te doen, bevat geenszins de bevoegdheid om haar aan de beslissing van scheidsmannen te onderwerpen. Trouwens, waar aan den lasthebber de magt tot het aangaan eener dading gegeven is, heeft de lastgever getoond vertrouwen te stellen in het beleid van genen, maar heeft hij niet getoond de beslissing ook aan derden naar diens keuze te hebben willen opdragen. Bovendien is dading een middel om tegen eenige opoffering wederzijds een regtsgeding te voorkomen of te eindigen en alle onzekerheid deswege op te heffen; terwijl door eene onderwerping der zaak aan de beslissing van scheidsmannen geen regtsgeding wordt voorgekomen, noch een bestaand regtsgeding geëindigd, maar slechts de beslissing van anderen dan van den gewonen regter wordt ingeroepen, en eene andere wijze van procederen gevolgd, waarbij de onzekerheid omtrent den afloop dezelfde blijft (1). Dading en compromis verschillen dus nog al van elkander: het een is het ander niet, en lastgeving tot het een is dus nog geene lastgeving tot het ander. Bevoegdheid tot het een kan derhalve ook niet uit eene lastgeving tot het ander worden afgeleid; ze zou dit ook niet kunnen, wanneer de wet hiervan niet bepaaldelijk had gesproken; dit is slechts geschied om allen twijfel uit te sluiten en het beginsel door eene bijzondere toepassing toe te lichten (2).

668. Het slot van art. 1834 B. W. bevat dus slechts een voorbeeld, hetwelk met meer anderen vermeerderd had kunnen worden, waarvoor geheel hetzelfde beginsel geldt. Zoo bevat ook eveneens de magt om eene zaak aan de beslissing van scheidsmannen te onderwerpen, geenszins die, om haar bij wege van dading af te doen. Zoo bevat ook de magt om te verkoopen niet de bevoegdheid om den prijs van het verkochte te ontvangen, indien althans, ook naar de bedoeling van den lastgever, niet tegen gereede betaling zou worden verkocht (3). Zoo geeft de last tot verkoop geene bevoegdheid om in plaats daarvan geld op te nemen en hiervoor hypotheek te verleenen (4). Zoo maakt de last tot ontvangst van gelden niet bevoegd om ze in regten in te vorderen (5). Slechts dan, wanneer eene andere handeling in onafscheidelijk verband staat met die, waartoe volmagt is gegeven, sluit deze ook de bevoegdheid tot gene

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 295, 310; DURANTON, XVIII, n. 231; TROPLONG, n. 321; DE PINTO, II, § 1020, bl. 483; 3e uitg. § 1080, bl. 597; SCHÜLLER, op art. 1834 B. W. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 294 en v. — (3) Zie hierboven VI, n. 754; MALLEVILLE, IV, bl. 96; DURANTON, XVIII, n. 223; TROPLONG, n. 319 en v., 323; ZACHARIAE, II, § 412, bl. 53. — (4) TROPLONG, n. 322. — (5) TROPLONG, n. 325.

in. Maar dit is dan ook niet in strijd met de bepaling van art. 1834; het is daarmede geheel in overeenstemming, omdat dan de lastgeving zelve, bepaaldelijk ook overeenkomstig de bepaling van art. 1375 B. W., dat andere omvat.

669. Voor zoo ver de bewoordingen der volmagt de juiste grenzen van de bevoegdheid des lasthebbers niet uitdrukkelijk regelen, heeft de wetgever in het algemeen naar den veronderstelden wil des wetgevers die grenzen bepaald. „Lastgeving, in algemeene bewoordingen vervat," zegt art. 1833 *a* B. W., „strekt zich alleen uit tot daden van beheer." Dit is overgenomen uit art. 1988 C. N., dat zelf, op de aanmerkingen van het Tribunat, in de plaats is gekomen van een artikel van het Ontwerp, waarin, overeenkomstig eene vroeger aangenomene onderscheiding, de bevoegdheid des lasthebbers van de woorden der volmagt afhankelijk werd gemaakt; zoodat eene volmagt, om te doen wat de lasthebber in het belang des lastgevers mogt noodig achten, alleen bevoegdheid zou geven tot daden van beheer, terwijl die, om te doen al wat de lastgever zelf zou mogen doen (mandatum cum libera), zich niet tot het beheer zou bepalen, maar ook daden van eigendom bevatten. Deze laatste bevoegdheid heeft men zonder bepaalde toekenning uit de algemeene bewoordingen eener volmagt niet willen laten afleiden, en daarom voor alles, wat de grenzen van het beheer te buiten gaat, eene uitdrukkelijke magtiging gevorderd (1).

670. De vroegere onderscheiding, waarop men hier het oog had, werd vooral gemaakt bij de algemeene volmagt. De bepaling van art. 1833 *a* B. W. is intusschen niet tot deze beperkt, maar evenzeer toepasselijk in het geval eener bijzondere lastgeving in den zin van art. 1832 B. W. De wet toch spreekt niet van algemeene lastgeving, maar van lastgeving, in algemeene bewoordingen vervat, en omvat alzoo iedere lastgeving, wier algemeene bewoordingen de grenzen van des lasthebbers bevoegdheid niet bepaaldelijk aanduiden; om het even of voor het overige die lastgeving tot alle zaken van den lastgever betrekkelijk is, of wel tot eene of meer bepaalde zaken (2). TROPLONG, wel is waar, ontkent dit (3); maar terwijl zijn beroep op de vroegere onderscheiding niets bewijst, daar de meer beperkte strekking van deze eene latere uitbreiding niet uitsluit, en eene ruimere strekking moet worden aangenomen, waar de woorden der wet deze medebrengen en de aard der zaak zich niet daartegen verzet, — is ook het voorbeeld, door dien schrijver aangevoerd, om te betoo-

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 286, 309 en v.; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 272 en v.; TROPLONG, n. 276 en v.; DURANTON, XVIII, n. 228; ZACHARIAE, II, § 412, bl. 53. Verg. POTHIER, n. 144 en v. — (2) ZACHARIAE, II, § 412, bl. 53 en n. 5. — (3) TROPLONG, n. 277.

gen, dat de bepaling van art. 1833 *a* B. W. niet op bijzondere lastgeving kan zien, mijns bedunkens niet gelukkig gekozen en zonder eenige bewijskracht. Hij zegt namelijk, dat dikwijls de lastgeving, hoezeer bijzonder, den lasthebber magt geeft om met eene ruime vrijheid te handelen, b. v. bij eene opdragt om een bepaald huis voor zekere som te koopen, met bijvoeging, dat de lasthebber evenwel maar zoo goed mogelijk in het belang zal handelen van den lastgever, die alles zal goedkeuren. Hier is, zegt TROPLONG, niettegenstaande de algemeenheid der bewoordingen, de tot volbrenging van den last noodige vrijheid zelfs tot daden van beschikking niet uitgesloten, zoodat de lasthebber ook boven die som kan gaan. Maar hij schijnt daarbij uit het oog te verliezen, dat de last hier juist strekt tot het koopen van een huis; dat, hoe algemeen voor het overige de bevoegdheid van den lastgever mag zijn uitgedrukt, zijn last in zoo ver geheel bepaald is, en overeenkomstig het zoo even (n. 668) gezegde noodzakelijk datgene moet insluiten, wat met de volbrenging van dien last in onafscheidelijk verband staat.

671. Lastgeving, in algemeene bewoordingen vervat, strekt zich alleen uit tot daden van beheer (1). Aan den eenen kant omvat zij dus dat alles, wat tot het beheer gebragt moet worden, van welken omvang dit ook zijn mag, zoo dikwijls hare strekking niet meer bepaald is, maar de algemeene bewoordingen de grenzen van des lasthebbers bevoegdheid zoo onbepaald laten, dat bij de volvoering van den last van daden van beheer sprake kan zijn. Aan den anderen kant is des lasthebbers bevoegdheid, zonder uitdrukkelijke opdragt van meerdere magt, tot daden van beheer beperkt. „Om goederen te vervreemden of met hypotheek te bezwaren," zegt art. 1833 *b* B. W., „om eene dading aan te gaan, of om eenige andere daad van eigendom te verrigten, wordt eene uitdrukkelijke lastgeving vereischt."

672. De wet spreekt hier van vervreemden, en ontzegt daardoor den lasthebber alle bevoegdheid tot schenken, en eveneens tot verkoopen, voor zoo ver dit laatste niet als eene daad van beheer beschouwd moet worden. Dit laatste kan echter ook het geval zijn, en dan is de bevoegdheid tot vervreemden in het eerste lid gegeven, terwijl het de strekking van het tweede lid niet is de bepaling van het eerste te beperken, maar alleen haar nader te verklaren. Zoo zal eene lastgeving tot het waarnemen eener handels-affaire stilzwijgend de magt geven tot verkoop van alles, wat bestemd is om verkocht te worden. Zoo sluit de last, in algemeene bewoordingen vervat, eveneens de bevoegdheid in tot het verkoopen der geoogste vruchten enz. (2).

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 229; TROPLONG, n. 278 en v.; ZACHARIAE, II, § 412, bl. 63. — (2) POTHIER, n. 159; DURANTON, XVIII, n. 229; TROPLONG, n. 281 en v.

673. Behalve van vervreemden en bezwaren, spreekt art. 1833 *b* B. W. ook van het aangaan eener dading, waarvan art. 1988 C. N. geene melding maakt. Dit belette niet, dat ook naar het Fransche regt de bevoegdheid tot het aangaan eener dading niet geacht werd in eene in algemeene bewoordingen vervatte lastgeving te zijn begrepen (1); gelijk dan ook eene dading niet wel als eene daad van beheer beschouwd kan worden, daar zij, strekkende om een aanhangig geding ten einde te brengen of een te voeren geding te voorkomen, veel meer eene beschikking over regten in zich sluit, en zulks tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak (2). Voor het overige kan de uitdrukkelijke vermelding daarvan in onze wet van minder belang geacht worden, omdat deze toch, even als de Fransche, nog in het algemeen spreekt van „eenige andere daad van eigendom te verrigten"; waaronder het aangaan eener dading ook had kunnen begrepen worden, even als de andere handelingen, waardoor over het vermogen van den lastgever wordt beschikt (3).

674. Hiertoe wordt eene uitdrukkelijke lastgeving vereischt, gelijk art. 1833 *b* zegt. Men moet, gelijk wij reeds te kennen gaven, het woord „uitdrukkelijk" hier niet met SCHÜLLER opvatten in den zin van het tegenovergestelde van stilzwijgend. Eene uitdrukkelijke lastgeving staat, gelijk het verband van het artikel zelf aanwijst, tegenover eene lastgeving in algemeene bewoordingen vervat, die zelve natuurlijk, blijkens de omschrijving, geene stilzwijgende kan zijn. De wet vordert, gelijk ASSER het uitdrukt, eene bijzondere of stellige wilsverklaring van den lastgever. Bij de beraadslaging werd ook voorgesteld, het woord „uitdrukkelijke" in „bepaalde" te veranderen; dit heeft echter geen gevolg gehad. Men schijnt de verandering niet noodig geacht te hebben, en zich daarom te hebben gehouden aan het woord, dat ook de Fransche wetgever had gebezigd; het lijdt intusschen geen' twijfel, dat de bedoeling ook door het voorgestelde woord juist zou zijn uitgedrukt (4). De lastgeving moet voorts op dat punt ook in zoo ver uitdrukkelijk of bepaald zijn, dat het niet genoeg is, den lasthebber magt te geven tot zoodanige daden, zoo dikwijls hij zulks noodig of dienstig acht, maar dat die daden met name moeten zijn genoemd (5).

675. Lastgeving kan voorts de strekking hebben, dat de lasthebber iets voor den lastgever op naam van dezen zal verrigten, of dat

---

(1) TROPLONG, n. 295. Verg. POTHIER, n. 157. — (2) ASSER, § 851; DE PINTO, II, § 1020, bl. 483; 3e uitg. § 1080, bl. 597; SCHÜLLER, op art. 1833 B. W. — (3) Verg. POTHIER, n. 148 en v.; TROPLONG, n. 278 en v., die hier in meer bijzonderheden treden. – (4) Verg. VOORDUIN, V, bl. 404; ASSER, § 851; V. ASSEN, § 353, bl. 387; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 309. — (5) ZACHARIAE, II, § 412 in f., bl. 53.

hij het verrigten zal, wel voor hem, maar op eigen naam. Wij hebben daarvan hierboven reeds gesproken. In beide gevallen is er lastgeving, maar met verschillende gevolgen: daar in het eerste geval de lastgever in regtsbetrekking komt met den derde, met wien door den lasthebber voor hem wordt gehandeld, alsof hij het zelf had gedaan; en in het tweede geval de volvoering van den last alleen eene regtsbetrekking bewerkt tusschen den lasthebber en den derde, die geheel vreemd blijft aan den lastgever, welke zijnerzijds eveneens alleen met den lasthebber, niet met den derde te maken heeft.

AFDEELING II.

Van de verpligtingen van den lasthebber.

§ 6.

Verpligtingen van den lasthebber tegenover den lastgever.

676. Wij meenen de verpligtingen van den lasthebber te moeten onderscheiden in die tegenover den lastgever, voor wien hij op zich heeft genomen te handelen, en in die tegenover derden, met wie hij voor den lastgever gehandeld heeft.

677. De hoofdverpligting van den lasthebber tegenover den lastgever is deze, dat hij den opgedragen en aangenomen last moet volvoeren. Terwijl hij vrij was, den hem opgedragen last al of niet aan te nemen, is hij niet meer vrij, wanneer hij dien heeft aangenomen; hij is, volgens art. 1837 *a* B. W., gehouden den last te volvoeren. De lastgever rekent er op, dat die last volvoerd wordt, en onthoudt zich zelf van de handeling, die hij vertrouwt, dat een ander voor hem zal verrigten (1). De lasthebber mag hem daarin niet te leur stellen, maar is, zoo hij den last niet ten uitvoer brengt, verantwoordelijk voor de kosten, schaden en interessen, die hierdoor geleden worden.

678. Hij is niet onbepaald tot eene vergoeding verpligt, maar zijne aansprakelijkheid is geheel afhankelijk van kosten, schaden en interessen, die een gevolg zijn van het niet-volvoeren van den last. Waar dit zoodanig gevolg niet heeft gehad, of waar dat gevolg door

---

(1) POTHIER, n. 38; DURANTON, XVIII, n. 239; TROPLONG, n. 337; DE PINTO, II, § 1023, bl. 483; 3e uitg. § 1083, 1, bl. 598; SCHÜLLER, op art. 1837 B. W.

andere omstandigheden is opgeheven, is de lasthebber ook tot geene vergoeding verpligt (1). En in allen gevalle is hij slechts voor zoodanige kosten, schaden en interessen aansprakelijk, die van dat nietuitvoeren van den last een regtstreeksch gevolg zijn (2).

679. De lasthebber is gehouden den last te volvoeren, en dus geheel te volbrengen (3). Maar die verpligting rust slechts op hem, zoolang hij daarvan niet ontheven is; met andere woorden, in den regel slechts zoolang de lastgeving niet geëindigd is op eene der wijzen, waarop dit, volgens de vierde afdeeling van dezen titel, kan plaats hebben. Daaronder wordt ook genoemd de opzegging van den last door den lasthebber, die daartoe in art. 1854 *a* B. W. bevoegd wordt verklaard. Men zou kunnen meenen, dat deze bevoegdheid in strijd is met de verpligting, den lasthebber in art. 1837 *a* B. W. opgelegd; die strijd bestaat echter slechts in schijn. Wanneer toch de lastgeving door opzegging aan zijde van den lasthebber eindigt, wordt deze van den last ontheven en is dus niet meer, volgens art. 1837 *a*, gehouden tot volvoering daarvan. Maar dat hij zich daaraan kan onttrekken, neemt volstrekt niet weg, dat hij tot volvoering gehouden is zoolang hij zich daaraan niet werkelijk door opzegging heeft onttrokken; terwijl de lastgever bovendien ook nog in art. 1854 *b* B. W. tegen willekeurige en ontijdige opzegging van den lasthebber gewaarborgd is.

680. Wij zeiden, dat de verpligting des lasthebbers tot volvoering van den last in den regel slechts bestaat, zoolang de lastgeving niet geëindigd is. Niet altoos wordt hij namelijk met het eindigen der lastgeving van den last ontheven. Lastgeving eindigt ook met den dood des lastgevers, en echter is, volgens art. 1837 *b* B. W., de lasthebber gehouden de zaak, waarmede hij ten tijde van het overlijden van den lastgever een aanvang heeft gemaakt, ten einde te brengen, indien er, door het niet onmiddellijk afdoen der zaak, eenig nadeel zou kunnen ontstaan (4). In den regel houdt met het eindigen der lastgeving, ook door het overlijden van den lastgever, des lasthebbers bevoegdheid op. Slechts in het hier bedoeld geval blijft die bevoegdheid en daarmede tevens de verpligting voortbestaan, omdat de wet dit billijkheidshalve heeft voorgeschreven. Maar daartoe moeten noodzakelijk twee omstandigheden zamenloopen: vooreerst moet reeds ten tijde van des lastgevers overlijden een aanvang met de volvoering van den last zijn gemaakt, en ten tweede moet er door het niet onmiddellijk afdoen der zaak, waarvoor de lastgever zelf niet meer zorgen kan, eenig nadeel kunnen ontstaan. Het is niet

---

(1) Duranton, XVIII, n. 240. — (2) Vernede, op art. 1837 B. W. — (3) Troplong, n. 382. — (4) Malleville, IV, bl. 98; Duranton, XVIII, n. 239; Troplong, n. 383.

noodig, dat dit het gevolg noodwendig moet, het is voldoende, dat het dit kan zijn, wat naar de omstandigheden moet beoordeeld worden. Vergoeding van kosten, schaden en interessen komt overigens bij niet-volvoering natuurlijk ook hier slechts te pas, wanneer daardoor werkelijk nadeel is ontstaan.

681. De wet laat hier de verpligting van den lasthebber voortduren na het eindigen der lastgeving. Dit is eene afwijking van den regel, en mag uit dien hoofde niet tot andere gevallen worden uitgebreid, waarvoor de wet het niet eveneens heeft bepaald. Wel is, volgens art. 1855 *a* B. W., in het algemeen, hetgeen de lasthebber, onbewust van den dood des lastgevers of van het bestaan van eenige andere oorzaak, die den last doet eindigen, in die onwetendheid verrigt heeft, van waarde; wel zijn ook zijne erfgenamen, zoo hun de lastgeving bekend is, volgens art. 1856 B. W. verpligt inmiddels zorg te dragen voor hetgeen de omstandigheden in het belang van den lastgever vereischen; maar voor het overige houdt met het eindigen der lastgeving alle bevoegdheid en verpligting aan zijde van den lasthebber op. Ik meen mij dus niet te kunnen vereenigen met DURANTON, waar hij beweert, dat de bepaling van art. 1837 *b* B. W. om dezelfde reden toepasselijk is, zoo dikwijls de lastgeving eindigt uit andere den lastgever betreffende oorzaken (1). Vooreerst zou dan in het algemeen voorgeschreven hebben moeten zijn, wat slechts voor een bepaald geval voorgeschreven is. Ten andere bestaat er, waar de lastgeving uit andere oorzaken eindigt, ook inderdaad niet dezelfde reden, als wanneer de lastgever door den dood belet wordt zelf voor zijne belangen te waken, en zijne erfgenamen ligt onbewust zijn van de lastgeving, ligt niet op de plaats zelve tegenwoordig, ligt ook onbekend of onzeker kunnen zijn (2).

682. De verpligting van den lasthebber, om den last te volvoeren, kan voorts alleen bestaan, wanneer deze eene geoorloofde zaak betreft (3). Is dit het geval niet, zoo kan de lasthebber niet slechts veilig hem niet volvoeren, maar is dit zelfs voor hem het veiligste. Hij moet zich door zijne aanneming niet tot volvoering verleiden laten; bij gebreke van geoorloofde oorzaak heeft die aanneming voor hem geene verbindende kracht.

683. Het kan voorts ook zaak voor hem zijn, den last niet te volvoeren, wanneer er iets te zijner kennis komt, waarom de lastgever, zoo deze er mede bekend ware geweest, den last óf niet opgedragen óf herroepen zou hebben (4). In dit geval behoeft de lasthebber zeker niet te volvoeren, en kan hij althans bij gebreke daarvan niet aansprakelijk zijn voor kosten, schaden en interessen, die zeker niet

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 290. — (2) Dat het niet toepasselijk is bij herroeping van den last, leert ook TROPLONG, n. 384. — (3) TROPLONG, n. 427. — (4) POTHIER, n. 45.

geleden zijn. Of hij ook zoozeer gehouden is niet te volvoeren, dat hij zich door de volbrenging van den last aansprakelijk stelt, zal veelal afhangen van de omstandigheden en van de wijze, waarop de last is opgedragen.

684. De lasthebber is bovendien vrij van alle aansprakelijkheid, wanneer hij door overmagt of toeval verhinderd is geworden den last te volvoeren (1). De algemeene bepaling van art. 1281 B. W. vindt hier hare toepassing. Maar hij moet dan ook werkelijk verhinderd zijn, en die verhindering, zoo zij betwist wordt, bewijzen (2). Buiten het geval van zoodanige verhindering mogen er ook andere omstandigheden zijn, die den lasthebber verschoonen, mits hij den lastgever tijdig berigt geve, dat hij den last niet zal volvoeren (3); men houde hier vooral in het oog, dat opzegging de lastgeving geheel doet ophouden, en dat het hier aankomt op de vraag, wanneer de lasthebber, bij het bestaan der lastgeving, wegens niet-voldoening van den last niet aansprakelijk zal zijn. En dan schijnt mij verhindering wegens overmagt of toeval de eenige wettige oorzaak te zijn, die zijne aansprakelijkheid opheft.

685. De lasthebber is niet alleen aansprakelijk, zoo hij den last niet volvoert, maar hij kan het ook zijn wegens de wijze, waarop hij dien volvoert. In het algemeen is hij, volgens art. 1374 *c* B. W., verpligt daarin te goeder trouw te werk te gaan. Hij is dan ook, volgens art. 1838 *a* B. W., aansprakelijk wegens alle kosten, schaden en interessen, den lastgever door kwaad opzet (4) veroorzaakt; en niet alleen wegens kwaad opzet, maar ook wegens verzuimen, welke hij bij het volvoeren van zijn' last heeft gepleegd (5).

686. Intusschen wordt de verantwoordelijkheid wegens verzuimen, volgens art. 1838 *b* B. W., minder streng toegepast ten aanzien van dengene, die een' last om niet op zich neemt, dan van hem, die daarvoor eenige belooning ontvangt. Het komt mij voor, dat hier den regter eene ruime bevoegdheid is gegeven om ex aequo et bono te beslissen. DURANTON en TROPLONG zijn wel is waar van meening, dat die bevoegdheid alleen bestaat ten aanzien der vraag, of er een verzuim gepleegd is, waarvoor de lasthebber aansprakelijk moet zijn, of niet; dat aan hetzelfde verzuim dat gevolg kan worden toegezegd of ontzegd, naarmate de lasthebber al dan niet belooning ontvangt, maar dat, wanneer eenmaal het verzuim geacht is van dien aard te zijn, dat de lasthebber daarvoor verantwoordelijk moet wezen, hij dan ook voor de geheele kosten, schaden en interessen aansprakelijk moet zijn, zonder dat de regter bij de vaststelling van het bedrag daarvan op het ontvangen of niet-ontvangen mag letten (6). Ik meen echter de juist-

(1) TROPLONG, n. 355 en v. — (2) TROPLONG, n. 373. — (3) Verg. POTHIER, n. 39 en v.; TROPLONG, n. 340 en v. — (4) DURANTON, XVIII, n. 242. — (5) POTHIER, n. 46 en v.; TROPLONG, n. 391 en v., 394 en v. — (6) DURANTON, XVIII, n. 243; TROPLONG, n. 393.

heid dier bewering zeer te moeten betwijfelen. De wet toch zegt niet bepaaldelijk, dat hij, die loon ontvangt, aansprakelijk zal zijn voor verzuimen, waarvoor hij, die geen loon ontvangt, niet aansprakelijk is; maar zij spreekt in het algemeen van eene minder strenge toepassing der verantwoordelijkheid wegens verzuimen. Eene meer of minder strenge toepassing nu dier verantwoordelijkheid doet, mijns bedunkens, juist denken aan de vaststelling van een hooger of lager bedrag der schadeloosstelling, nadat eenmaal de verantwoordelijkheid zelve is aangenomen. De woorden der wet sluiten althans die opvatting volstrekt niet uit. En met de bedoeling des wetgevers (1) schijnt het mij minder te strooken, dat de regter alleen zal beoordeelen, of de lasthebber verantwoordelijk zal zijn of niet, om hem dienovereenkomstig óf de volle schadeloosstelling óf niets op te leggen, dan dat hij, een verzuim erkennende, wegens hetwelk hij den lasthebber niet geheel van de verantwoordelijkheid wil ontheffen, het bedrag der schadeloosstelling naar billijkheid kan vaststellen.

687. De lasthebber is alleen wegens kwaad opzet en wegens verzuimen aansprakelijk, niet wegens toeval. Anders zou het zijn, wanneer de nadeelige werking van het toeval door een verzuim van den lasthebber was veroorzaakt (2). En eveneens moet deze voor alle toevallen instaan, voor welke hij zich aansprakelijk heeft gesteld, of die hij voor zijne rekening heeft genomen (3).

688. De lasthebber is verpligt den last te volvoeren, en moet dus voor de uitvoering daarvan zorgen. Of hij dit nu in persoon of door een' ander doet, hieraan ligt den lastgever weinig gelegen, wanneer de last maar goed wordt uitgevoerd; terwijl in het tegenovergesteld geval des lasthebbers verantwoordelijkheid natuurlijk niet verminderd wordt doordien hij, in plaats van zelf te handelen, dit aan een' ander heeft opgedragen. Art. 1840 B. W. zegt, dat de lasthebber, onder de daar vermelde omstandigheden, verantwoordelijk is voor dengene, dien hij tot de uitvoering van dien last in zijne plaats heeft gesteld. Op grond daarvan is beweerd, dat hij dus altijd het regt heeft om een' ander in zijne plaats te stellen, al is hij daartoe ook niet gemagtigd (4). Dit is zeker in zoo verre waar, dat die bevoegdheid den lasthebber niet uitdrukkelijk is ontzegd (5), en dat men ook niet kan zeggen, dat de lastgever, door hetgeen de lasthebber door

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 288, 300, 311. — (2) DURANTON, XVIII, n. 243; TROPLONG, n. 435. — (3) POTHIER, n. 50. — (4) ZACHARIAE, II, § 413, 4°, bl. 54; DE PINTO, II, § 1026, bl. 484; 3e uitg. § 1086, bl. 599. Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 99 en v.; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 276 en v.; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 301, 312; DURANTON, XVIII, n. 250. — (5) Dit wilde de consul CAMBACÉRÈS, die het echter opgaf voor de daartegen aangevoerde bedenkingen; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 276 en v.

een' ander voor hem laat doen, niet gebonden is, wanneer hij niet goedvindt het te bekrachtigen (1). Aan den anderen kant schijnt het echter minder juist, den lasthebber een regt toe te kennen tot iets, waarvoor hij verantwoordelijk wordt gesteld, en dat de wet alleen onder die verantwoordelijkheid toelaat (2). Dit geldt nog te meer, daar art. 1840 B. W. wel degelijk onderscheid maakt, of de lasthebber magt tot indeplaatsstelling heeft bekomen, al wordt die magt dan ook slechts verondersteld, of niet. Men stelle dus liever als algemeenen regel, dat de lasthebber den last zelf moet volvoeren, en dat, zoo hij dit door een' ander laat doen, zulks geschiedt onder zijne verantwoordelijkheid.

689. Die verantwoordelijkheid bestaat, volgens art. 1840 B. W., vooreerst, indien de lasthebber geen magt heeft bekomen om een' ander in zijne plaats te stellen. Het is voldoende, dat hem die magt niet is gegeven; het is niet noodig voor de toepassing dezer bepaling, dat zij hem uitdrukkelijk is ontzegd (3). Maar zelfs wanneer hem die magt uitdrukkelijk ontzegd is, is daarom nog de indeplaatsstelling niet nietig, in dien zin, dat ze van geene uitwerking is, zelfs ten aanzien van derden, die met den in de plaats gestelde gehandeld hebben, gelijk DURANTON beweert (4). De bepaling van art. 1351 B. W. (art. 1119 C. N.), waarop hij zich beroept, komt hier niet te pas, omdat de in de plaats gestelde handelt voor zijn' lastgever, die zelf als lasthebber voor een anderen lastgever handelde. Voor zoo ver dan ook de last goed werd uitgevoerd, zou de lastgever zonder belang zijn; en voor zoo ver hij niet goed werd uitgevoerd, is natuurlijk weder zijn lasthebber jegens hem verantwoordelijk. Alleen zou men hier ten aanzien van dezen eene meerdere gestrengheid mogen toepassen, en de indeplaatsstelling van een' ander, waartoe hem de bevoegdheid was ontzegd, reeds op zich zelve als een verzuim beschouwen, waarvoor hij aansprakelijk is (5).

690. Die verantwoordelijkheid bestaat in de tweede plaats, indien den lasthebber wel de magt verleend is om een' ander in zijne plaats te stellen, maar zonder aanduiding van een bepaalden persoon, en degene, dien hij daartoe gekozen heeft, blijkbaar onbekwaam of onvermogend is. Het ontwerp van art. 1994 C. N. sprak van „une personne notoirement suspecte." Dit laatste woord is, op de aanmerkingen van het Tribunat, veranderd in „incapable ou insolvable", omdat het anders „ne présente pas une idée assez positive, outre que le mot „suspect" se rapporte plus régulièrement à ce qui tient à la

---

(1) Dit stelt in het algemeen POTHIER, n. 99. — (2) Verg. TROPLONG, n. 446 en v. — (3) TROPLONG, n. 448. — (4) DURANTON, XVIII, n. 252. — (5) TROPLONG, n. 449.

moralité; que d'ailleurs il est difficile de calculer les degrés de suspicion, et que le mandataire doit être réputé de bonne foi tant qu'il n'est pas averti par la notoriété publique" (1). Het is dus noodig, dat de in de plaats gestelde onbekwaam zij, d. i. niet berekend voor eene goede volvoering van den last, of dat hij zij onvermogend, en de lastgever dus in eene verantwoordelijkheid van hem alleen geen voldoenden waarborg hebben zou. Eén van beide is echter genoeg, en het is niet noodig, dat de in de plaats gestelde onbekwaam en onvermogend tevens zij. — Die onbekwaamheid of dat onvermogen moet voorts „blijkbaar" zijn. Dit woord is weder overgenomen uit de officiële vertaling, niet uit den C. N. zelven, welks woord „notoirement" niet geheel hetzelfde beteekent, en door het Tribunat, blijkens de laatste zoo even aangehaalde woorden, met opzet is voorgesteld. Men zal intusschen ons „blijkbaar" ook veilig in den zin van *kennelijk* mogen opvatten; trouwens, wie is blijkbaar onbekwaam of onvermogend, tenzij hij dit is volgens de algemeene bekendheid?

691. De lasthebber is alzoo verantwoordelijk voor de keuze, die hij gedaan heeft, en die aan den lastgever, al heeft deze hem daartoe ook de magt gegeven, niet kan geweten worden. Maar hij is ook alleen voor die keuze verantwoordelijk, en wanneer deze goed is, wat zij geacht wordt te zijn, wanneer niet een kennelijk onbekwaam of onvermogend persoon gekozen is, behoeft hij niet, gelijk in het geval dat hem geene magt tot indeplaatsstelling is gegeven, voor de uitvoering zelve van den last in te staan. Deze verantwoordelijkheid vervalt, waar hij gebruik maakt van de magt, die hem is gegeven, en gaat nu over op dengene, dien hij in zijne plaats heeft gesteld (2).

692. TROPLONG, die dit teregt ook aanneemt voor het geval, dat den lasthebber eenige belooning is toegezegd, breidt echter de verantwoordelijkheid van dezen verder uit, wat de keuze zelve betreft, en acht hem aansprakelijk, wanneer de in de plaats gestelde niet kennelijk bekwaam en vermogend is (3). Ik acht deze meening niet gegrond. Of toch de lasthebber belooning ontvangt of niet, is wel, volgens art. 1838, B. W., van invloed op zijne verantwoordelijkheid wegens verzuimen, in het volvoeren van zijn' last begaan, maar in art. 1840 B. W. wordt daaraan geen verschillend gevolg gehecht. Hier is het slechts de vraag, of den lasthebber magt gegeven was, een' ander in zijne plaats te stellen, en zoo ja, of hij dan al of niet eenen kennelijk onbekwame of onvermogende heeft gekozen. Van verzuim in het volvoeren van den last is hier geen sprake, want de lasthebber zelf volvoert niet en is hiertoe geregtigd. En zoo de keuze van een' niet blijkbaar bekwaam en vermogend persoon evenwel als een verzuim

(1) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 278. — (2) TROPLONG, n. 452—454, 456 en v. — (3) TROPLONG, n. 455.

beschouwd moest worden, waarom zou het dit dan ook niet zijn voor den lasthebber, die geen loon geniet?

693. Uit art. 1840 B. W. blijkt, dat, zoo den lasthebber de magt verleend is om een' bepaald aangewezen persoon in zijne plaats te stellen, alle verantwoordelijkheid voor hem wegvalt, niet slechts wat de volvoering van den last, maar ook wat de indeplaatsstelling zelve betreft. Trouwens, hier is de keuze door den lastgever zelven gedaan, en de lasthebber heeft enkel gebruik gemaakt van de magt, die hem bepaaldelijk was verleend (1).

694. Overigens zij nog aangemerkt, dat art. 1840 B. W., zoo men op de redactie let, schijnbaar slechts de verantwoordelijkheid van den lasthebber aan zekere gevallen verbindt. Juister ware het geweest, deze in het algemeen aan te nemen, en haar uit te sluiten, ten eerste, wanneer de lasthebber iemand in zijne plaats heeft gesteld, die hem daartoe uitdrukkelijk was aangewezen, en ten tweede, wanneer hem magt tot indeplaatsstelling verleend is zonder aanduiding van een' bepaald persoon, en de door hem gekozene niet kennelijk onbekwaam of onvermogend is.

695. Die magt wordt fictione juris geacht gegeven te zijn voor zoo veel het beheer van goederen betreft, welke buiten het grondgebied des koningrijks gelegen zijn. Daartoe wordt, volgens art. 1840 *b* B. W., de lastgever steeds verondersteld aan den lasthebber het vermogen te hebben gegeven om een' ander in zijne plaats te stellen. Deze bepaling is door onzen wetgever aan het artikel toegevoegd, omdat, gelijk ASSER zegt, alle overeenkomsten moeten worden uitgelegd naar den zin, welke de handelende partijen ondersteld worden daaraan gehecht te hebben, en een lastgever niet geacht kan worden te hebben verlangd, dat de lasthebber zich buiten het rijk zal begeven, ten einde om niet de belangen van genen te behartigen (2). Men leide intusschen hieruit niet af, dat de bepaling der wet alleen geldt voor eene lastgeving om niet; zij luidt algemeen, en geldt dus evenzeer, waar de lasthebber eene belooning zal ontvangen, zoo niet de veronderstelling der wet door eene tegenovergestelde verklaring der partijen wordt opgeheven. ASSER noemt voorts die bepaling ook minder juist eene uitzondering op art. 1840, 1°; zij is veelmeer eene uitbreiding van art. 1840, 2°; het hier vermeld geval toch wordt daar fictione juris geacht aanwezig te zijn, en de verantwoordelijkheid van den lasthebber is ongetwijfeld ook dezelfde.

696. Onder de goederen, welke buiten het grondgebied des koningrijks zijn gelegen, zijn, volgens een antwoord der Regering op eene deswege gedane vraag, ook de in de Koloniën gelegen goederen be-

(1) TROPLONG, n. 451. — (2) ASSER, § 854; DE PINTO, II, § 1026, 1, bl. 484; 3e uitg. § 1086, 1, bl. 599; SCHÜLLER, op art. 1840 B. W.

grepen (1). Dit is geheel in overeenstemming met art. 1 der vroegere Grondwet. Nu spreekt wel art. 1 der Grondwet van 1848 bepaaldelijk van het grondgebied der Nederlanden in Europa; ik acht evenwel de zwarigheden noodeloos, die OPZOOMER zich daaruit schept ten aanzien der toepassing van art. 1840 B. W. (2). Bij de vraag naar den zin en de bedoeling dezer bepaling toch kan eene latere grondwetsherziening niet in aanmerking komen. De Grondwet van 1848 verandert de bedoeling niet, die de burgerlijke wetgever had bij eene vroegere wetsbepaling; en men zal toch wel aan eene bepaling dier Grondwet de kracht niet moeten toekennen om eene vroegere bepaling, die eenig en alleen het burgerlijk regt betreft, stilzwijgend te wijzigen.

697. De in de plaats gestelde is op zijne beurt lasthebber van den lasthebber, en deze de lastgever van genen (3). De in de plaats gestelde kan ook minder verantwoordelijk zijn dan de lasthebber, wanneer dezen eene belooning is toegezegd, en gene zonder loon zal handelen (4). Dit sluit intusschen alle betrekking tusschen hem en den oorspronkelijken lastgever niet uit. Deze kan, volgens art. 1840 *c* B. W., in alle gevallen, d. i. hetzij hij magt tot indeplaatsstelling heeft gegeven of niet, den persoon, welken de lasthebber in zijne plaats heeft gesteld, onmiddellijk aanspreken (5). Men zegge daarom niet met DE PINTO, dat deze zich niet jegens den lasthebber, maar door diens tusschenkomst jegens den lastgever verbonden heeft (6). Zeker is hij in de naaste plaats jegens genen verbonden, en hangt dan ook de aard dier verbindtenis van den aard zijner lastgeving af; maar de wetgever heeft ook den oorspronkelijken lastgever het regt gegeven om regtstreeks den in de plaats gestelde aan te spreken, die als zoodanig de plaats van zijnen lasthebber inneemt, even als hij b. v. den verhuurder van een huis in art. 1618 B. W. regtstreeks eene vordering tegen een tweeden huurder heeft gegeven. De bepaling van art. 1840 *c* is bovendien geheel in overeenstemming met die van art. 1836, volgens welke de lastgever in het algemeen dengene, met wien de zaakgelastigde in die hoedanigheid gehandeld heeft, onmiddellijk in regten betrekken en zoo de voldoening der overeenkomst vorderen kan (7).

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 406; DE PINTO en SCHÜLLER, t. a. p.; LIPMAN, bl. 546. – (2) OPZOOMER, III, bl. 231 en v. — (3) ZACHARIAE, II, § 413, bl. 54 en v. — (4) DURANTON, XVIII, n. 250. — (5) Verg. TROPLONG, n. 483 en v. – (6) DE PINTO, II, § 1027, bl. 484; 3e uitg. § 1087, bl. 600. Ook OPZOOMER, III, bl. 229, gaat te ver, door te zeggen, dat de lasthebber niet als zelfstandig persoon, maar enkel als middel beschouwd moet worden; dit ware alle verbindtenis tusschen hem en den in de plaats gestelde uitsluiten. Hoe SCHÜLLER hier art. 1390 B. W. te pas brengt, is mij niet duidelijk. – (7) Verg. DURANTON, XVIII, n. 251; TROPLONG, n. 487; LIPMAN, bl. 545 en v.

698. De lastgever *kan* den in de plaats gestelde aanspraken, maar behoeft het daarom niet, behalve in de gevallen, waarin de lasthebber van alle verantwoordelijkheid ontheven is. Hij kan het bovendien alleen voor zoo ver de verantwoordelijkheid van den in de plaats gestelde gaat; hij heeft tegenover dezen geen meer regt dan zijn lasthebber. Hij kan het eindelijk alleen, wanneer deze als zijn lasthebber heeft gehandeld; waar dit het geval niet is, heeft de in de plaats gestelde alleen met zijn' lastgever te maken, en is vreemd aan den oorspronkelijken lastgever, wiens betrekking tot den oorspronkelijken lasthebber hem niet aangaat.

699. De lasthebber is, volgens art. 1839 B. W., verpligt rekenschap te geven van hetgeen hij verrigt heeft. Hij moet die rekenschap geven aan den lastgever zelven of aan zijne erfgenamen of aan zijn wettigen vertegenwoordiger, en op kosten van dezen (1). De bepaling is geheel in het belang van dezen gemaakt, en de rekening en verantwoording van den lasthebber is het middel, waaruit blijken kan, wat hij aan den lastgever verschuldigd is, en wat deze van hem vorderen kan. Waar dezen dit ook op andere wijze bekend is, kan hij ook regtstreeks het hem toekomende vorderen, zonder juist verpligt te zijn, rekening en verantwoording te vragen. De lasthebber kan den eisch, bepaaldelijk ook ten aanzien van het bedrag, bestrijden, in welk geval de tegenpartij tot het bewijs verpligt is, behoudens des lasthebbers regt van tegenbewijs; deze kan ook bij reconventionele vordering eischen, al wat hem van den lastgever mogt toekomen; maar hij kan geene niet-ontvankelijk-verklaring van den lastgever in dien eisch vorderen. Het vragen van rekening is slechts een middel om te doen kennen, hoeveel de lasthebber aan den lastgever verantwoorden moet. Dat middel kan men al of niet gebruiken, naarmate men het al of niet noodig acht; maar hooger dan als een middel moet men het niet stellen; alleen als zoodanig is het waarlijk van belang. De lastgever kan zich ook zonder rekening kwijten van hetgeen hij aan den lasthebber schuldig is, wanneer hij zich met de opgave deswege van dezen tevreden stelt (2).

700. Daar de verpligting van den lasthebber, om rekenschap te geven, enkel in het belang van den lastgever of zijne erfgenamen bestaat, kan deze hem ook vrijstellen van de verpligting om alles met de noodige bewijzen te staven. Hij kan zelfs den lasthebber van de verpligting tot rekening en verantwoording geheel vrijstellen (3); die vrijstelling kan niet als niet geschreven beschouwd worden, en de

(1) Verg. 's Gravenhage 6 Mei 1852, *W.* 1435. — (2) Verg. *Regtsg. Adv.*, IV, bl. 128—133; kgr. 's Gravenhage 29 Julij 1840, *W.* 169; Zeeland 7 Jan. 1851, *N. R. B.*, II, bl. 664 en v.; H. R. 19 Dec. 1851, *W.* 1296; H. R. 10 Maart 1854, *W.* 1525. — (3) Troplong, n. 415.

lastgever heeft dus geen regt om desniettemin rekenschap te vorderen. Het tegendeel is wel beweerd (1), maar zou moeten voortvloeijen uit eene uitdrukkelijke wetsbepaling, gelijk in art. 1065 B. W. voorkomt ten aanzien van uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen, door wier vrijstelling echter de erflater niet zich zelven, maar bepaaldelijk zijne erfgenamen aan banden zou leggen. Eene bepaling van openbare orde is zeker die van art. 1839 B. W. niet, en met het wezen der lastgeving zou eene vrijstelling ook niet strijden; zij zou veeleer in overeenstemming zijn met het vertrouwen, dat men den lasthebber toedraagt. Ik geloof dan ook, dat het niet vrij is van inconsequentie, wanneer men, de vrijstelling van rekening en verantwoording verwerpende, daaraan het gevolg toekent, dat de lasthebber vrij zou zijn van een zoo zorgvuldig onderzoek, als waaraan hij anders bloot staat; of ook wanneer men een beding toelaat, waarbij de lastgever zich verbindt om zich met eene eenvoudige verklaring omtrent het resultaat zijner handeling of van zijn beheer tevreden te stellen. Zoodanige eenvoudige verklaring is zeker geen rekenschap geven, en kan dus, zoo hiervan niet kon worden vrijgesteld, ook niet in de plaats daarvan gesteld worden. Maar zoo kan ook de vrijstelling, wanneer zij als zoodanig krachteloos is, even weinig ten gevolge hebben eene onvolledige of niet behoorlijk gestaafde rekening en verantwoording.

701. De lasthebber is verpligt rekenschap te geven. Wanneer er meer lastgevers zijn, kan ieder hunner hem daartoe noodzaken, ook zonder en zelfs tegen den wil der overigen. De lasthebber kan wel die overigen tot het ontvangen van rekening oproepen, maar niet vorderen, dat de eischer niet-ontvankelijk zal worden verklaard. Deze schijnt zelfs geen regt te hebben om zijne mede-lastgevers tot het innemen der rekening in regten te roepen, maar zich te moeten bepalen tot het ontvangen van rekening voor zijn aandeel (2). De lastgever is ook niet volstrekt verpligt van het geheele beheer rekenschap te vragen; hij kan dit ook doen ten aanzien van een gedeelte daarvan, onverminderd de bevoegdheid van den lasthebber, om hem op te roepen tot het ontvangen eener meer volledige rekening, en zonder dat deze verpligt kan zijn tot uitkeering van een slot van rekening wegens een gedeelte van zijn beheer, waar hij voor het geheel niets schuldig is (3).

702. De lasthebber moet aan den lastgever verantwoording doen van al hetgeen hij uit kracht zijner volmagt ontvangen heeft, zegt art. 1839 B. W.; van alles dus, wat hij ontvangen heeft in zijne hoe-

---

(1) MALLEVILLE, IV, bl. 99; MAZERAT, aangehaald bij TROPLONG, t. a. p. — (2) Verg. arr. Groningen 21 Dec. 1855, *N. R. B.*, VI, bl. 423 en v. — (3) Verg. Amsterdam 13 Jan. 1841, *W.* 168; *R. B.*, VIII, bl. 161.

danigheid en voor den lastgever, onverschillig of deze daarop heeft gerekend of niet. Dat alles komt dezen toe en niet den lasthebber, die zich geen zijdelingsch voordeel mag verschaffen door iets terug te houden, dat hij voor den lastgever ontving (1).

703. Dit geldt, volgens art. 1839, „zelfs al ware het ook, dat het ontvangene niet aan den lastgever mogt zijn verschuldigd geweest." Dit zou zeker voor den lasthebber, zoo hij daarvan zeker was, eene reden kunnen zijn om het niet te ontvangen; maar als hij het ontvangen heeft, moet hij het ook verantwoorden aan den lastgever, van wien degene, die het hem door tusschenkomst van zijn* lasthebber onverschuldigd betaald heeft, het kan terugvorderen, maar tegen wien de lasthebber zich daarop niet kan beroepen, om voor zich te behouden, wat hij niet voor zich, maar voor den lastgever ontving (2). Hetzelfde geldt dan ook zelfs van ongeoorloofde voordeelen, die hij voor den lastgever heeft genoten, behoudens alleen, dat aan des lasthebbers verpligting te dien aanzien geen gevolg zal kunnen gegeven worden, wanneer de wet alle regtsvordering ontzegt, gelijk bij spel en weddingschap (3). Uit welken hoofde voorts het ontvangene aan den lasthebber gegeven zij, is onverschillig; ook hetgeen als schadevergoeding is uitbetaald, moet worden verantwoord (4).

704. Men heeft de verantwoording willen uitstrekken tot datgene, wat de lasthebber voor den lastgever had moeten ontvangen, en er is beweerd, dat ook dit in ontvangst moet worden gebragt (5). Ik acht dit niet volkomen juist. In ontvangst gebragt behoeft slechts datgene te worden, wat werkelijk ontvangen is (verg. art. 774 W. v. B. R.); daarvan alleen vraagt dan ook art. 1839 B. W. de verantwoording. Had nu de lasthebber meer moeten ontvangen, dan is óf dat meerdere nog verschuldigd óf het kan niet meer gevorderd worden. In het eerste geval kan de lastgever zelf het vorderen van den schuldenaar. In het laatste geval heeft de lasthebber zich óf aan kwaad opzet of verzuim in het volvoeren van zijnen last schuldig gemaakt, óf niet. Is hem niets te wijten, zoo draagt de lastgever het nadeel; in het tegenovergesteld geval is de lasthebber aansprakelijk, volgens art. 1838 B. W. Van hem kan dus deswege vergoeding gevorderd worden, maar zijne rekening zelve behoefde van het nietontvangene niet te gewagen.

705. Dat verzuim staat met andere verzuimen, waaraan de lasthebber zich heeft schuldig gemaakt, in allen opzigte gelijk. Er is gevraagd, of, wanneer de lasthebber aan den eenen kant door ver-

(1) TROPLONG, n. 416 en v. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 300, 311; DURANTON, XVIII, n. 246; TROPLONG, n. 425 en v.; SCHÖLLER, op art. 1839 B. W.; OPZOOMER, III, bl. 229 en v. — (3) TROPLONG, n. 420—424 — (4) TROPLONG, n. 434. — (5) POTHIER, n. 51; TROPLONG, n. 431 en v.

zuim eenig nadeel heeft veroorzaakt, dit ook door hem in vergelijking kan worden gebragt tegen voordeelen, die hij van de andere zijde heeft aangebragt. Er zijn, die deze vraag in het algemeen ontkennend beantwoorden (1). De onderscheiding, die TROPLONG maakt (2), komt mij echter meer aannemelijk voor. Wanneer er twee verschillende lastgevingen zijn, kan de lasthebber de nadeelen, bij de volvoering van den eenen last veroorzaakt, niet in vergelijking brengen met voordeelen, bij de volvoering van den anderen last bezorgd. Maar waar het ééne en dezelfde lastgeving geldt, daar kan die vergelijking worden toegelaten, en zal de lastgever slechts aansprakelijk zijn voor de nadeelen, die hij ten slotte blijkt veroorzaakt te hebben. Eene bepaling, als van art. 1667 B. W. ten aanzien van vennooten, bestaat voor lasthebbers niet. Tusschen genen en dezen bestaat ook geen zoodanig verband, dat eene analogische toepassing aannemelijk zou zijn. Van den vennoot kan in het algemeen meer zorg gevorderd worden, terwijl de billijkheid medebrengt, dat het met den lasthebber niet zoo naauw worde genomen, maar zijn beheer liever als een geheel moet worden beschouwd.

706. De lasthebber is verpligt, zooveel mogelijk de belangen van den lastgever te behartigen, en mag zich zelven op geene wijze een zijdelingsch voordeel verschaffen ten koste van dezen. Hij is daarom, volgens art. 1842 B. W., interessen verschuldigd van de hoofdsommen, welke hij tot zijn eigen gebruik besteed heeft, en wel te rekenen van het tijdstip, waarop hij daarvan gebruik heeft gemaakt. Die interessen beginnen dus hier van regtswege te loopen, zonder dat daartoe eene vordering in regten, of ook maar eene ingebrekestelling noodig is (3). Door het bezigen tot zijn eigen gebruik, waardoor eigen voordeel, in plaats van dat van den lastgever gezocht wordt, is hij ten aanzien eener getrouwe pligtsvervulling van zelf in gebreke. Voor het bezigen tot eigen gebruik kan hij dan ook evenzeer interessen betalen, alsof hij van anderen op interessen geleend had, en de lastgever werd door die bepaling tegen nadeel gewaarborgd (4).

707. Art. 1842 B. W. spreekt van hoofdsommen, maar zonder daardoor de strekking der bepaling eenigzins te beperken; de lasthebber is interessen verschuldigd van het geld, dat hij tot zijn eigen gebruik besteed heeft; dat geld is hoofdsom, en brengt als zoodanig interessen voort. Het is dan ook geheel onverschillig, waardoor de lasthebber dat geld onder zich had, hetzij door aflossing van kapitaal, hetzij door voldoening van renten (5).

---

(1) POTHIER, n. 52; DURANTON, XVIII, n. 244; ZACHARIAE, II, § 413, 1°, bl. 54. — (2) TROPLONG, n. 403, 433. — (3) Verg. hierboven VI, n. 110. — (4) Verg. TROPLONG, n. 498 en v.; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 312. — (5) TROPLONG, n. 499.

708. De lasthebber is die interessen verschuldigd voor het besteden van het geld tot zijn eigen gebruik. De lastgever, die op dien grond interessen van hem vordert, beroept zich daartoe op dat gebruik en moet dus, volgens art. 1802 B. W., bewijzen, dat de lasthebber het geld tot zijn eigen gebruik heeft besteed, en sedert wanneer hij dit heeft gedaan (1). Wel heeft het hof van Zeeland, bij arrest van 7 Januarij 1851, aangenomen, „dat het telken jare bij termijnen ontvangen van gelden, en het eigendunkelijk terughouden daarvan ten nadeele der belanghebbenden, gedurende zoo vele jaren, uit zijnen aard en werkelijk daarstelt het ten eigen gebruike aanwenden van die gelden, en derhalve de lasthebber, volgens art. 1842 Burg. Wetb., van die sommen de interessen verschuldigd is, te rekenen van het tijdstip, waarop hij daarvan heeft gebruik gemaakt" (2), maar het schijnt moeijelijk, zoowel tusschen het slot der overweging en den aanhef, als tusschen het geheel en de bepaling der wet, de noodige overeenstemming te vinden.

709. Hoe algemeen de wet in dezen ook spreekt, toch vindt hare bepaling zeer zeker geene toepassing, voor zoo ver de lastgever den lasthebber het regt heeft gegeven om geldsommen tot zijn eigen gebruik te besteden. Aan zijde van dezen bestaat dan geen misbruik, en hij bezigt dat geld niet als lasthebber tot zijn eigen gebruik, maar als leener, en staat dus ook met ieder anderen leener gelijk. Als zoodanig kan hij ook de interessen verschuldigd zijn, die voor dat gebruik zijn bedongen, maar is hij ze ook niet verschuldigd, waar ze niet bedongen zijn (3).

710. Aan den anderen kant kan de lasthebber ook tot meer gehouden zijn, dan art. 1842 B. W. hem oplegt. De wet spreekt hier van *de* interessen, en dacht natuurlijk aan de wettelijke interessen, waarvan art. 1804 B. W. spreekt. Maar de lasthebber kan tot meer dan die interessen gehouden zijn, wanneer het geld, dat hij tot eigen gebruik besteed heeft, tot een bepaald doel was bestemd, en de lastgever schade lijdt, doordien het daartoe niet is gebezigd. Men denke b. v. aan het geval, dat den lasthebber was opgedragen, daarmede eene schuld van den lastgever af te doen, en deze nu, deswege in regten betrokken, in de kosten veroordeeld is. Men zie hierin geene uitbreiding der bepaling van art. 1842 B. W. Volgens deze toch is de lasthebber interessen verschuldigd; maar hij heeft zich daarenboven schuldig gemaakt aan kwaad opzet of verzuim in de volvoering van zijn' last, en is deswege aansprakelijk, volgens art. 1838 B. W.; eene aansprakelijkheid, die door de bepaling van art. 1842 niet al-

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 246; TROPLONG, n. 503. — (2) *N. R. B.*, II, bl. 666. — (3) TROPLONG, n. 501.

leen niet uitdrukkelijk, maar ook niet stilzwijgend wordt opgeheven, daar dit wel niet de bedoeling kan geweest zijn van een voorschrift, waardoor men een bepaald misbruik bij den lasthebber heeft willen tegengaan (1).

711. TROPLONG behandelt de vraag, of de lasthebber ook tot meer dan de interessen verpligt kan zijn, wanneer hij zelf van het gebruik der gelden grooter voordeel heeft genoten (2). Hij beantwoordt die vraag ontkennend, zoo de lasthebber als zoodanig niet verpligt was, het geld voor den lastgever voordeelig te plaatsen; en zijne meening zal op dit punt wel niet twijfelachtig zijn. Anders is zijn antwoord, waar de lasthebber het geld voordeelig plaatsen moet, omdat dan iedere plaatsing geacht wordt voor rekening van den lastgever te zijn geschied. Ik geloof echter, dat dit in strijd is met de veronderstelling, waarvan art. 1842 uitgaat, dat namelijk de lasthebber het geld tot zijn eigen gebruik besteed heeft, tot welk geval die bepaling is beperkt. Was het geld tot een bepaald gebruik bestemd, of ook tot eenig meer winstgevend einde, dan komt de beslissing van zoo even te pas. Was het enkel bestemd om geplaatst te worden, dan is dit geschied door het te gebruiken ten voordeele van den lasthebber, die er deswege de interessen van verschuldigd is; maar de winst, die deze door dat gebruik geniet, is de zijne, even als het mogelijk nadeel te zijnen laste komt, omdat hij het geld tot zijn eigen gebruik heeft aangewend.

712. Voor het overige zij nog aangemerkt, dat de hier bedoelde interessen niet vallen in de termen van art. 2012 B. W., en alzoo ook niet door een verloop van vijf jaren verjaren (3).

713. De lasthebber is, volgens art. 1842 B. W., eveneens interessen verschuldigd van de sommen, die hij bij slot van rekening moet uitkeeren, van den dag af, waarop hij in verzuim is gesteld. Hier is het nu onverschillig, of hij ze tot zijn gebruik besteed heeft, of wel ze stil heeft laten rusten. De wet vordert voorts slechts eene in-verzuim-stelling, niet juist eene vordering in regten, waarvan art. 1286 *c* B. W. speekt. Maar art. 1842 regelt ook een bijzonder geval, waarin men kan zeggen, dat de interessen van regtswege door eene in-verzuim-stelling beginnen te loopen, zonder dat eene vordering in regten noodig is. Hier is dus ieder middel, waardoor de lasthebber in gebreke wordt gesteld, voldoende om de interessen te doen loopen (4).

---

(1) Verg. DURANTON, XVIII, n. 247; TROPLONG, n. 504; ZACHARIAE, II, § 413, bl. 54, n. 7. — (2) TROPLONG, n. 502. — (3) ZACHARIAE, II, § 413, bl. 54, n. 5. — (4) Verg. hierboven VI, n. 87; DURANTON, XVIII, n. 248; TROPLONG, n. 508 en v.; ZACHARIAE, II, § 413, bl. 54, n. 8.

714. Wanneer een lasthebber, tot het doen van rekening gedagvaard, na de behandeling dier rekening tot afgifte van het saldo wordt veroordeeld, is hij de interessen verschuldigd niet van den dag van het vonnis, maar van dien der dagvaarding. Ware het anders, zoo zou hij zich, ten koste van den lastgever, een' tijdlang het genot van het geld zonder interessen kunnen verzekeren (1). Maar dit is niet het eenige. Dat het slot van rekening eerst later bij regterlijk vonnis wordt vastgesteld, belet niet, dat het als zoodanig reeds vroeger verschuldigd was; de dagvaarding nu tot het doen van rekening en uitkeering van het saldo geldt voor in-verzuim-stelling. Wil men dit niet aannemen, dan zouden de interessen, volgens art. 1842 B. W., ook nog niet met het vonnis, maar eerst door eene daarop gevolgde in-verzuim-stelling beginnen te loopen. De lasthebber kan zich zijnerzijds van de verpligting tot betaling van interessen slechts ontheffen door een aanbod van gereede betaling en daarop gevolgde consignatie.

715. Wij veronderstelden tot dus verre een enkelen lasthebber. In het geval, dat er bij dezelfde akte meer lasthebbers — gevolmagtigden of zaakgelastigden, zegt de wet — zijn aangesteld, voorziet art. 1841 B. W. met de bepaling, dat te hunnen aanzien geene hoofdelijke verbindtenis plaats heeft, dan voor zoo ver zulks uitdrukkelijk bepaald is. Dit is geheel in overeenstemming met den algemeenen regel van art. 1318 *a* B. W., volgens welken geene verbindtenis vooronderstelde wordt hoofdelijk te zijn, tenzij zulks uitdrukkelijk is bepaald. Deze regel lijdt wel, volgens het tweede lid, uitzondering in de gevallen, waarin eene verbindtenis uit kracht eener wetsbepaling voor hoofdelijk gehouden wordt, maar voor zoodanige afwijking was hier, waar de lasthebbers in het belang des lastgevers werkzaam zijn, en waar dus eene geheel andere ratio legis geldt, dan in art. 1786 B. W. ten aanzien van verscheidene personen, die dezelfde zaak gezamenlijk ter leen hebben ontvangen, geene reden. Even als in het algemeen, kan ook hier hoofdelijke verpligting worden bedongen, maar even als in het algemeen bestaat zij ook hier niet zonder beding (2), in zoo ver kon art. 1841 B. W. als overbodig beschouwd worden, het heeft misschien met art. 1995 C. N. zijn bestaan alleen daaraan te danken, dat de zaak in het Romeinsche regt anders was beslist (3).

---

(1) Verg. *Regtsg. Adv.*, I, bl. 117 en v., waarvan de inhoud juist wordt opgegeven door VERNEDE, onjuist door LEON, op art. 1842 B. W. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 301, 313; MALLEVILLE, IV, bl. 100; DURANTON, XVIII, n. 253; TROPLONG, n. 489, 494; ZACHARIAE, II, § 413, bl. 54; DE PINTO, II, § 1028, bl. 484; 3e uitg. § 1088, bl. 600. — (3) L. 60 § 2 D. *mandati* (XVII, 1). Verschillend is er gedacht over de vraag, of dit is afgeschaft door Nov. 99, c. 1. Zie POTHIER, n. 63; TROPLONG, n. 490—493.

716. Art. 1841 B. W. spreekt uitdrukkelijk van het geval, dat verscheiden lasthebbers zijn aangesteld bij dezelfde akte. Wanneer zij bij verschillende akten zijn aangesteld, en bij de laatste is verklaard, dat de eerste desniettemin in stand zal blijven, zoo bestaan er onderscheidene afzonderlijke lastgevingen. In dit geval is ieder lasthebber voor het geheel aansprakelijk voor hetgeen hij heeft gedaan of had moeten doen (1); maar van eene hoofdelijke verbindtenis kan minder sprake zijn.

717. Art. 1841 B. W. veronderstelt voorts, dat de gezamenlijke lasthebbers in het algemeen zijn aangesteld, zonder dat de werkzaamheden over hen allen zijn verdeeld. Waar dit heeft plaats gehad, lost zich de lastgeving als het ware in zoo vele afzonderlijke lastgevingen op; terwijl ieder lasthebber, al is ook niet eens uitdrukkelijk bepaald, dat hij niet buiten den hem aangewezen kring mag gaan, slechts verantwoordelijk is voor hetgeen hem betreft, en deswege voor het geheel aansprakelijk is (2). Intusschen kan ook, waar zoodanige verdeeling niet heeft plaats gehad, een der lasthebbers voor het geheel worden aangesproken ter zake eener handeling, bepaaldelijk door hem verrigt. Art. 1841 belet dit niet; die aanspraak voor het geheel toch grondt zich in dat geval niet op eene niet bestaande hoofdelijke verbindtenis, maar op de natuurlijke aansprakelijkheid van ieder voor zijne eigene daden. Zoo heft ook art. 1841 B. W. de hoofdelijke aansprakelijkheid niet op, gegrond in art. 55 C. P., ingeval van veroordeeling van meer lastgevers wegens een wanbedrijf, vallende in de termen van art. 408 C. P. (3).

718. Voor het overige moet de lastgever de gezamenlijke lasthebbers, ieder voor hun aandeel, aanspreken. Ook waar één hunner krachtens den aan allen opgedragen last heeft kunnen handelen (4) en gehandeld heeft, is hij niet verpligt dezen alleen aan te spreken, maar kan hij dit allen voor hun aandeel doen; onverminderd het verhaal van dezen op hem, die het nadeel heeft veroorzaakt. Dit geldt ook dan, wanneer, volgens de lastgeving, geen der lasthebbers bevoegd is te handelen zonder medewerking der overigen. De meening van ZACHARIAE, dat in dit geval hij, die geweigerd heeft mede te werken, alleen jegens den lastgever tot schadevergoeding aansprakelijk is (5), komt mij ook daarom bedenkelijk voor, omdat het voor dezen veelal moeijelijk, zoo niet onmogelijk zal zijn, tegen dien lasthebber

---

Wat hiervan zij, men zal kwalijk met POTHIER de ontkennende beantwoording daarop kunnen gronden, dat hoofdelijke verpligting hier in den aard der verbindtenis ligt.

(1) DURANTON, XVIII, n. 255. — (2) DURANTON, XVIII, n. 256. — (3) DURANTON, XVIII, n. 254. — (4) Verg. TROPLONG, n. 495. — (5) ZACHARIAE, II, § 413, 3°, bl. 54.

het bewijs zijner weigering te leveren, en de schade hem in allen gevalle veroorzaakt is, niet door die weigering op zich zelve, maar doordien, zij het dan ook ten gevolge dier weigering, de gezamenlijke lasthebbers hunnen last niet behoorlijk hebben volvoerd. Ook in dit geval zal dus, mijns bedunkens, de lastgever al de lasthebbers, ieder voor zijn aandeel, moeten aanspreken, behoudens hun verhaal op hem, die de oorzaak is geweest van hun stilzitten.

§ 7.

Verpligtingen van den lasthebber tegenover derden.

719. Bij de beoordeeling der verpligtingen van den lasthebber jegens derden moet bovenal daarop gelet worden, of hij met dezen gehandeld heeft op naam van zijn' lastgever, dan wel op zijn' eigen naam, zij het dan ook ter volvoering van den last. In het laatste geval is de lastgever vreemd aan de derden, met wie voor hem gehandeld is, maar die hem evenwel niet kennen, althans niet behoeven te kennen (1). Er bestaat dus alleen eene verbindtenis tusschen hen en den lasthebber, en op dezen rusten tegenover hen dezelfde verpligtingen, als wanneer hij voor zich zelven en niet voor een' lastgever gehandeld heeft.

720. Voor het geval, dat de lasthebber op naam van zijn' lastgever gehandeld heeft, moet weder onderscheiden worden, of hij de derden, met wie hij handelt, met zijne volmagt bekend heeft gemaakt of niet. Het moge toch al in het algemeen voor die derden geraden zijn, zich deze volmagt te laten vertoonen, om te meer zeker te zijn tegen verkeerde opgaven van den lasthebber, die den lastgever niet kunnen verbinden (2); dit is slechts een maatregel van voorzorg, dien de voorzigtigheid hun in hun eigen belang aanbeveelt. De lasthebber kan zich daarop nimmer beroepen, noch hun het „habent quod sibi imputent" toevoegen, wanneer hij zelf heeft verzuimd hen met zijne volmagt volledig bekend te maken.

721. Wanneer de lasthebber dit wel heeft gedaan, is hij jegens derden alleen aansprakelijk voor de echtheid der volmagt. Zoo deze toch valsch of vervalscht was, kan de beweerde lastgever natuurlijk niet verbonden worden door hetgeen op zijnen naam, krachtens zoodanige volmagt, is verrigt. En de derden, die het slagtoffer dier valschheid zijn geworden, hebben tegen den voorgewenden lasthebber eene vordering tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, door

---

(1) TROPLONG, n. 519; ZACHARIAE, II, § 415, 3°, bl. 56. — (2) TROPLONG, n. 517.

hen geleden wegens het niet-nakomen der aldus met hen aangegane verbindtenis.

722. Voor het overige is de lasthebber, die aan dengene, met wien hij in die hoedanigheid handelt, behoorlijk kennis gegeven heeft van zijne volmagt, volgens art. 1843 B. W., niet aansprakelijk ten aanzien van hetgeen boven zijn' last geschied is, ten ware hij zich daartoe persoonlijk had verbonden. De derden hebben dan evenveel schuld als de lasthebber; beiden hebben dan misschien te veel gerekend op de goedkeuring door den lastgever, maar over en weder hebben zij elkander niets te wijten, daar van beide zijden met volledige kennis van zaken is gehandeld (1).

723. Indien de lastgever goedkeurt, wat boven den last is geschied, bestaat er geene zwarigheid. Hij kan dat doen, en is, gelijk DURANTON aanmerkt, daarbij niet aan de formaliteiten van art. 1929 B. W. gebonden, omdat hier geen sprake is van eene verbindtenis, tegen welke eene vordering tot nietig-verklaring of tenietdoening is toegelaten, daar er voor den lastgever geheel geene verbindtenis bestaat (2). De lastgever is daarom ook tot geen goedkeuring verpligt, en heeft zijnerzijds aanspraak tegen den lasthebber, wegens verkeerde volvoering van zijn' last (3). Deze aanspraak wordt hem door art. 1843 B. W. niet ontnomen, 'twelk den lasthebber alleen niet aansprakelijk (4) verklaart jegens derden, 'ten ware hij zich daartoe persoonlijk had verbonden. Dit kan hij doen, hetzij door zich uitdrukkelijk aansprakelijk te stellen voor alle kosten, schaden en interessen, hetzij door zich sterk te maken en in te staan voor de goedkeuring van den lastgever.

724. Art. 1843 B. W. spreekt van *behoorlijke* kennisgeving, waardoor natuurlijk gevorderd wordt, dat de derde volledig bekend is gemaakt met den aard en den omvang van de magt, den lasthebber opgedragen. In hoe ver dit heeft plaats gehad, is eene quaestio facti, die naar de omstandigheden moet beoordeeld worden (5). Maar op wien rust de last van bewijs ten aanzien der vraag, of de lasthebber al dan niet behoorlijk kennis heeft gegeven van zijne volmagt? Er zijn, die beweren, dat derden moeten bewijzen geene behoorlijke kennis bekomen te hebben, daar hunne handeling met den lasthebber een vermoeden zou opleveren, dat de volmagt hun is medegedeeld (6). In de aan-

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 288, 295, 313; MALLEVILLE, IV, bl. 101; DURANTON, XVIII, n. 257; TROPLONG, n. 510, 516, 591; SCHÜLLER, op art. 1843 B. W. — (2) DURANTON, XVIII, n. 258; ZACHARIAE, II, § 415, bl. 56, n. 1 en 2. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 313. - (4) Art. 1853 Wetb. v. 1830 zeide, even als art. 1997 C. N., dat hij geene vrijwaring verschuldigd is. Verg. VOORDUIN, V, bl. 406 en v. — (5) TROPLONG, n. 592. — (6) DELVINCOURT, op art. 1997 C. N., VIII, bl. 319, en ROLLAND DE VILLARGUES, *Mandat*, n. 121, aangeh. bij TROPLONG, n. 592, 2°.

teekeningen op ZACHARIAE wordt het moeijelijk geacht, ten dezen een algemeenen regel te stellen (1). Ik geloof, dat dit inderdaad niet zoo moeijelijk is, al kunnen er dan ook omstandigheden zijn, die eene afwijking van den algemeenen regel noodig kunnen maken. Maar ik acht tevens het gevoelen van DELVINCOURT weinig aannemelijk, omdat het vermoeden, waarop het rust, noch in eenige wetsbepaling, noch in den aard der zaak gegrond is, en onze bepaling, die den lasthebber niet aansprakelijk verklaart, wanneer hij behoorlijk kennis heeft gegeven, gewis geene reden geeft om te denken, dat de wetgever van zoodanig vermoeden is uitgegaan. In den regel is ieder aansprakelijk voor zijne daden; de lasthebber is als zoodanig ook aansprakelijk voor hetgeen hij boven zijn' last heeft verrigt, en waardoor alzoo de lastgever niet jegens den derde verbonden is. Dit schijnt mij een voldoende grond te zijn voor de aanspraken, die de derde tegen den lasthebber wil doen gelden, zonder dat hij zich daarbij tevens op eigene onbekendheid met de volmagt zal moeten beroepen. De lasthebber is tegen die aanspraken slechts gedekt, wanneer hij den derde behoorlijk kennis heeft gegeven van zijne volmagt. Dit is dus een feit, waarop hij zich moet beroepen tot tegenspraak van eens anders regt, en hij moet dus ook, volgens art. 1902 B. W., dat feit bewijzen.

725. Wanneer de lasthebber wel als zoodanig en op naam van den lastgever heeft gehandeld, maar zonder van zijne volmagt behoorlijk kennis te geven, is hij, zoo hij zijn' last te buiten is gegaan, niet slechts verantwoordelijk jegens den lastgever, maar ook jegens den derde, met wien hij onbevoegd gehandeld heeft, en die met hem gehandeld heeft in het vertrouwen, dat hij zich hield binnen den kring zijner bevoegdheid (2).

726. Wanneer de lasthebber overeenkomstig zijne volmagt met een' derde gehandeld heeft, is niet alleen de lastgever, voor wien en in wiens naam hij gehandeld heeft, daardoor verbonden, maar hij zelf is ook slechts een tusschenpersoon, die buiten de verbindtenis is. Hij kan alzoo de nakoming dier verbindtenis niet anders van den derde vorderen, dan wederom als lasthebber voor zijnen lastgever. Maar zijnerzijds heeft ook de derde alleen tegen dien lastgever aanspraak, niet tegen den lasthebber zelven (3).

---

(1) ZACHARIAE, II, § 416, bl. 56, n. 4. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 288; TROPLONG, n. 590. — (3) ZACHARIAE, II, § 415, bl. 55. Verg. Maastricht 7 Febr. 1856, *W.* 1771.

AFDEELING III.

Van de verpligtingen van den lastgever.

§ 8.

Verpligtingen van den lastgever tegenover den lasthebber.

727. Gelijk wij ten aanzien der verpligtingen van den lasthebber gedaan hebben, zullen we, in navolging van anderen (1), ook de verpligtingen van den lastgever onderscheiden in die jegens den lasthebber en is die jegens derden, met wie voor hem gehandeld is.

728. De lastgever is verpligt den lasthebber zijn loon te betalen, indien zulks bedongen is; art. 1845 *a* B. W. (2). De laatste woorden doelen op de bepaling van art. 1831 B. W., dat lastgeving om niet geschiedt, ten ware het tegendeel bedongen zij. Zoodanig beding is dus noodig, zal de lasthebber aanspraak op loon kunnen maken. En het loon, door hem als zoodanig bedongen, komt hem slechts toe voor hetgeen hij als lasthebber heeft verrigt (3).

729. De lastgever is verder verpligt den lasthebber terug te geven de voorschotten en onkosten, welke deze ter uitvoering van den last gedaan heeft. Wanneer de lasthebber voor den lastgever op eigen naam gehandeld heeft, zal de omvang dier voorschotten en onkosten natuurlijk in den regel grooter zijn, dan waar hij, op naam van den lastgever handelende, dezen jegens derden heeft verbonden en slechts ter gelegenheid daarvan eenige onkosten heeft gemaakt. Maar in elk geval moet de lastgever hem voor zijne voorschotten en onkosten schadeloos stellen (4).

730. Daarbij wordt verondersteld, dat er voorschotten en onkosten gemaakt zijn. Maar het is juist niet noodzakelijk, dat de voorschotten door den lasthebber zelven gedaan, en de onkosten door hem betaald zijn. Ook wanneer een ander voor hem heeft betaald, al was het ook met de bedoeling om het niet terug te ontvangen, en alzoo den lasthebber te bevoordeelen, is evenwel de lastgever tot voldoening verpligt (5). Ook is het onverschillig, waarin de voorschotten en onkosten hebben bestaan, en of ze werkelijk zijn betaald, dan wel of schuldvernieuwing of vergelijking van schuld de plaats van betaling heeft ingenomen (6).

---

(1) POTHIER, n. 67; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 302; DURANTON, XVIII, n. 259. — (2) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 281. — (3) Verg. ZACHARIAE, II, § 414, bl. 55, n. 7. — (4) POTHIER, n. 53 en v., 69 en v., 84 en v.; TROPLONG, n. 621 en v. — (5) POTHIER, n. 73; DURANTON, XVIII, n. 267 en v.; TROPLONG, n. 623. — (6) POTHIER, n. 71, 73.

731. De voorschotten en onkosten moeten voorts gemaakt zijn ter uitvoering van den last; anders gaan zij den lastgever niet aan. In de eerste plaats denkt men hier aan noodzakelijke uitgaven, maar ook de nuttige uitgaven, door den lasthebber te goeder trouw ter uitvoering van zijn' last en binnen den kring zijner bevoegdheid gedaan, moeten hem vergoed worden, al zijn ze hem ook juist niet door den lastgever voorgeschreven (1).

732. Art. 1999 C. N. bepaalt, en art. 1855 Wetb. van 1830 bepaalde dit ook, dat de lastgever het beloop der onkosten en voorschotten niet kan doen verminderen, onder voorgeven, dat zij minder hadden kunnen zijn. Onze wetgever heeft dit weggelaten, omdat het van zelf spreekt, dat geene inkorting gevraagd kan worden onder het bloote voorwendsel, dat de onkosten te hoog zijn, en er aan den anderen kant geen reden bestaat om den lastgever de bevoegdheid te ontzeggen, de in rekening gebragte onkosten te bestrijden, wanneer hij werkelijk kan aantoonen, dat ze bovenmatig zijn (2). De Fransche bepaling werd intusschen ook slechts als een algemeene regel beschouwd, ter voorkoming van bekrompen aanmerkingen aan zijde van den lastgever, maar die niet belet, dat, waar werkelijk de kosten te hoog waren door een verzuim van den lasthebber, deze deswege aansprakelijk is en voor het overtollige geen vergoeding vorderen kan (3). En evenzoo zal men ook onder onze wetgeving met LIPMAN kunnen aannemen, dat het beweren van den lastgever, dat de onkosten wel iets minder hadden kunnen wezen, zonder gevolg zal blijven, wanneer den lasthebber geene schuld of verzuim kan worden verweten (4). De bestrijding der gemaakte kosten is wel bij ons in ruimer mate toegelaten, maar veel komt daarbij op de omstandigheden aan en hangt af van de vragen, of de lasthebber te goeder trouw heeft gehandeld, dan of hem eenig verzuim te wijten is.

733. Het is voor de verpligting van den lastgever niet noodig, dat de handeling van den lasthebber gelukt is en gewenschte resultaten heeft opgeleverd. Hiervoor is deze niet verantwoordelijk, wat hij inderdaad zou zijn, zoo zijne aanspraak op vergoeding daarvan afhankelijk was. Art. 1845 *b* B. W. zegt daarom uitdrukkelijk, dat, indien hem geen verzuim te wijten is, de lastgever zich niet aan de teruggave en betaling kan onttrekken, al mogt de zaak ook mislukt zijn. Die kans is geheel voor den lastgever, wien de zaak aangaat (5).

---

(1) TROPLONG, n. 624-626. — (2) VOORDUIN, V, bl. 407 en v.; ASSER, § 855. — (3) Verg. POTHIER, n. 78; MALLEVILLE, IV, bl. 102; DURANTON, XVIII, n. 266; ZACHARIAE, II, § 414, bl. 55. — (4) LIPMAN, bl. 546. Verg. SCHÜLLER, op art. 1845 B. W. — (5) POTHIER, n. 79; *C. N. et Mot.*, VI, n. 303; DURANTON, XVIII, n. 265; TROPLONG, n. 628.

734. De bepaling van art. 1845 *b* B. W. slaat terug op die van het eerste lid, en ziet dus zoowel op het loon als op de voorschotten en onkosten. Ook des lasthebbers aanspraak op het bedongen loon is dus van het gelukken of mislukken niet afhankelijk. Anders is het, waar de volvoering van den last geheel of gedeeltelijk onmogelijk is geworden. Wanneer nog niets ter uitvoering was verrigt, houdt zeker alle aanspraak op loon op. Voor het geval, dat eene begonnene uitvoering niet heeft kunnen worden voltooid, zal in het algemeen de beslissing van de omstandigheden afhankelijk zijn, met name van de oorzaak der verhindering en des lastgevers invloed daarop, en van de hoogte, waartoe de last reeds was uitgevoerd (1).

735. Voor het overige kan nog uit art. 1845 *b* B. W. worden afgeleid, dat de lastgever zich niet anders aan de verpligting tot teruggave van voorschotten en onkosten kan onttrekken, dan wanneer den lasthebber eenig verzuim in de volvoering van zijn' last te wijten is (2). Dit verzuim ontheft voorts den lastgever niet in het algemeen, maar alleen in het daar bedoeld geval, dat namelijk de zaak mislukt is. Overigens is de lasthebber deswege wel, volgens art. 1838, aansprakelijk, maar verliest hij zijne aanspraak op vergoeding niet.

736. Behalve de teruggave van werkelijk gedane voorschotten, moet de lastgever den lasthebber in het algemeen schadeloos stellen, en hem ook ontheffen van zoodanige verbindtenissen, die hij ter uitvoering van den last jegens derden heeft aangegaan. Zijn deze verbindtenissen in naam des lastgevers aangegaan ten gevolge der volmagt, zoo is hij daardoor jegens die derden verbonden; maar ook waar dat niet heeft plaats gehad, is hij verbonden jegens den lasthebber, en moet zich daarvan kwijten, hetzij door werkelijke voldoening, hetzij door de verbindtenis over te nemen en den lasthebber kwijting te bezorgen (3).

737. De lastgever is voorts, volgens art. 1847 B. W., aan den lasthebber interessen voor gedane voorschotten verschuldigd, te rekenen van den dag, waarop die voorschotten gedaan zijn. Soms zal de lasthebber óf zelf interessen moeten betalen voor geld, dat hij tot de voorschotten heeft moeten leenen, óf zou hij anders dat geld op interest hebben uitgedaan, zoo hij het niet tot de uitvoering van den last had moeten gebruiken (4). Geen van beide behoeft echter het geval te zijn; de wet maakt zijn regt op interessen daarvan niet afhankelijk (5). Dat regt is hem evenzeer in het algemeen toegekend, als hem in art. 1842 B. W. de verpligting is opgelegd om interes-

(1) Verg. hierbij TROPLONG, n. 641 en v. — (2) Verg. 's Gravenhage 6 Mei 1853, *W.* 1435. — (3) POTHIER, n. 80 en v.; ZACHARIAE, II, § 414, bl. 55. — (4) TROPLONG, n. 674. — (5) DURANTON, XVIII, n. 270.

sen te betalen van het geld, dat hij tot zijn eigen gebruik besteed heeft (1).

738. Art. 1847 B. W. spreekt van den dag, waarop de voorschotten gedaan zijn, terwijl art. 2001 C. N. spreekt „du jour des avances constatées." Bij de beraadslaging over ons artikel werd gevraagd naar de reden dier verandering, waarom niet gesproken werd van den dag, waarop de voorschotten geconstateerd zouden zijn. En de Regering antwoordde, dat deze verkeerde uitdrukking met opzet was veranderd, omdat de voorschotten dikwijls eerst jaren nadat ze gedaan zijn kunnen worden geconstateerd (2). De waarheid van dit laatste zou ik zeer betwijfelen, daar in den regel de voorschotten wel terstond zullen, immers terstond kunnen geconstateerd worden. Maar vraag en antwoord schijnen ook beide uit te gaan van eene verkeerde opvatting der bepaling van den C. N., die niet spreekt van den dag, waarop de voorschotten zijn geconstateerd, maar van den dag der geconstateerde voorschotten, den dag dus, waarop die voorschotten zijn gedaan (3) De bedoeling van art. 1847 B. W. is dus dezelfde als die van art. 2001 C. N. (4), en de afwijking van de hier gebezigde uitdrukking is juister verklaard door ASSER, volgens wien men deze zeer oneigenaardig had gevonden, daar het van zelf spreekt, dat, ingeval van twijfel en tegenspraak, de lasthebber moet bewijzen, dat hij de gevorderde voorschotten werkelijk gedaan heeft, hetgeen op alle mogelijke vorderingen toepasselijk is (5). Het komt er dus niet op aan, wanneer de voorschotten zijn geconstateerd, zoo maar bij de terugvordering blijkt, dat, en wanneer ze gedaan zijn; en dit kan door de daarvoor ontvangen kwitantiën en op iedere andere wettige wijze blijken.

739. Het spreekt van zelf, dat de voorschotten ter uitvoering van den last gedaan moeten zijn (6). Onder voorschotten moet voorts alles begrepen worden, wat de lasthebber ten behoeve van den lastgever heeft uitgeschoten, buiten hetgeen hij van dezen onder zich heeft. TROPLONG stelt daarmede gelijk het geval, dat de lasthebber sommen gelds beschikbaar houdt ten dienste van des lastgevers schuldeischers, opdat deze ze kunnen beuren, wanneer zij verkiezen; en beweert, dat hem dan interessen verschuldigd zijn van den dag, waarop hij dat geld tot dit einde heeft afgezonden (7). Maar de juistheid dier meening, hoezeer door regterlijke uitspraken bevestigd, meen ik te moeten betwijfelen. TROPLONG zegt, dat de wet geen betaling vordert, en alleen spreekt van voorschotten; maar ligt het begrip van

(1) TROPLONG, n. 676. — (2) VOORDUIN, V, bl. 408. — (3) Eenigzins dubbelzinnig is de officiële vertaling, „van den dag af, waarop deze aantoont die uitschotten gedaan te hebben." — (4) Verg. DURANTON, XVIII, n. 270; TROPLONG, n. 679; ZACHARIAE, II, § 414, bl. 55. — (5) ASSER, § 856. — (6) TROPLONG, n. 684. — (7) TROPLONG, n. 677.

betaling niet in dat van voorschotten opgesloten? en schiet men ook voor, wat men in zijne kas houdt? Art. 1847 behelst bovendien eene afwijking van den gewonen regel, en mag alzoo niet uitgebreid worden buiten den aangewezen kring. Anders zou het natuurlijk zijn, wanneer de lastgever, met belofte van interessen, den lasthebber had verzocht gelden beschikbaar te houden; maar deze zou dan niet als lasthebber op grond van art. 1847, maar krachtens overeenkomst op die interessen aanspraak hebben.

Het spreekt verder van zelf, dat er eenige noodzakelijkheid voor de voorschotten moet hebben bestaan. Voor geheel willekeurige voorschotten, waar de betaling even goed had kunnen worden uitgesteld, zullen kwalijk interessen gevorderd kunnen worden; de lasthebber heeft ze alleen aan zich zelven te wijten. Zoo zullen ze ook niet noodig zijn, waar de lasthebber beschikbare gelden van den lastgever onder zich had. Waar hij die niet had, maar ze zich slechts had kunnen verschaffen, zal zijne aanspraak op interessen van de omstandigheden afhankelijk zijn (1),

740. De lastgever moet, volgens art. 1846 B. W., den lasthebber ook schadeloos stellen wegens de verliezen, welke deze, ter gelegenheid der uitvoering van zijn' last, geleden heeft, mits hem te dien opzigte geene onvoorzigtigheid zij te wijten. De wet spreekt algemeen, en vordert juist niet, dat de uitvoering van den last de oorzaak der verliezen geweest zij (2); het is genoeg, dat ze ter gelegenheid dier uitvoering geleden zijn. Men heeft daardoor alle geschillen over oorzaak of gelegenheid afgesneden, en den lasthebber, wien alle zijdelingsche voordeelen zijn ontzegd, tevens gewaarborgd tegen nadeelen, in de uitvoering van den last geleden, hetzij ze regtstreeks door die uitvoering veroorzaakt, hetzij ze op zich zelve een gevolg zijn van toeval of overmagt, maar zonder de uitvoering van den last niet zouden zijn geleden (3). Zijn de nadeelen tevens veroorzaakt door de schuld van den lastgever, zoo is natuurlijk zijne verpligting tot schadeloosstelling niet twijfelachtig (4), maar het bestaan van eenige schuld aan zijne zijde is voor die verpligting niet noodig.

741. Wat de nadeelen betreft, die de lasthebber geleden heeft, doordien de uitvoering van den last hem verhinderde in de waarneming zijner eigene zaken, zoo zal men zeker in het algemeen met POTHIER moeten aannemen, dat deswege geene schadeloosstelling verschuldigd is (5); hij had vóór het aannemen van den last moeten be-

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 678. — (2) Zoo POTHIER, n. 76. — (3) DURANTON, XVIII, n. 269; TROPLONG, n. 655 en v., vooral 660 en v.; ZACHARIAE, II, § 414, bl. 55 en n. 4. — (4) TROPLONG, n. 670. — (5) POTHIER, n. 77.

oordeelen, in hoe ver hij zich met de uitvoering kon en wilde belasten. Dit mag echter als regel gelden, onbepaald geldt het zeker niet. Omstandigheden, die zich niet lieten vooruitzien, kon de lasthebber ook niet in aanmerking nemen bij de aanneming van den last. De beslissing zal natuurlijk in elk geval van de omstandigheden afhankelijk zijn; maar waar de bedoelde nadeelen inderdaad gezegd kunnen worden ter gelegenheid der uitvoering geleden te zijn, zonder dat den lasthebber eenige onvoorzigtigheid kan geweten worden, daar kan art. 1846 worden toegepast.

742. Art. 1846 B. W. vordert slechts, dat den lasthebber geene onvoorzigtigheid te wijten zij (1). Het onderscheidt niet, of de lasthebber al dan niet eenige belooning voor de uitvoering van den last geniet, en de schadeloosstelling komt hem dus in het eerste geval evenzeer toe als in het laatste (2). Trouwens, de ratio legis is ook in beide gevallen dezelfde, en het loon, voor de uitvoering toegekend, moet zijn doel niet missen, door in eene schadeloosstelling te ontaarden. Anders zou het zijn, wanneer bij de vaststelling eener belooning op mogelijke verliezen is gedoeld, en juist om en ter vergoeding van deze eene belooning is toegekend (3). Dan treedt de regeling der partijen in de plaats van die der wet in art. 1846 B. W.

743. Onze wetgever heeft in art. 1849 B. W. den lasthebber het regt toegekend om hetgeen hij van den lastgever in handen heeft, zoolang terug te houden totdat hem alles betaald is, wat hij ten gevolge der lastgeving te vorderen heeft. Dat regt, door de woorden zelve der wet tot roerende goederen bepaald, is het regt van terughouding of retentie, dat teregt den lasthebber is gegeven (4). De C. N. zwijgt daarvan, en echter wordt het ook door de schrijvers over het Fransche regt den lasthebber toegekend (5). De uitdrukkelijke bepaling in de wet is daarom niet minder van belang, ja noodzakelijk, wanneer men aanneemt, dat het regt van terughouding alleen bestaat in die gevallen, waarin het uitdrukkkelijk is verleend (6).

744. De wet geeft alleen regt van terughouding, geen voorregt, waardoor de lasthebber uit de opbrengst boven andere schuldeischers zou kunnen worden voldaan, hetwelk niet in het regt van terughouding begrepen, maar daarvan geheel onderscheiden is (7). Het is intusschen misschien niet overbodig, hier te wijzen op eene minder

---

(1) TROPLONG, n. 673. — (2) DURANTON, XVIII, n. 269; TROPLONG, n. 671. — (3) TROPLONG, n. 672. — (4) ASSER, § 857. — (5) DURANTON, XVIII, n. 264; TROPLONG, n. 699. Verg. POTHIER, n. 59. — (6) Zie hierboven III, n. 311. — (7) Verg. hierboven III, n. 315; ASSER, § 857; DE PINTO, II, § 1080, bl. 485; 3e uitg. § 1090, bl. 600 en v.; SCHÜLLER, op art. 1849 B. W. Verg. DURANTON, XVIII, n. 264.

juiste uitdrukking van ASSER, volgens wien „het regt van retentie alleen tusschen de handelende personen behoort te gelden, en het regt van preferentie medebrengt, dat de bezitter zijn voorregt tegen derden kan doen werken." Het eerste werkt wel vooral tusschen den houder en den eigenaar, het ander tusschen den bevoorregte en andere schuldeischers, maar het eerste kan ook aan anderen worden tegengeworpen, die in plaats van den eigenaar aanspraak op het goed zouden willen maken, b. v. ingeval van faillissement. Het regt van terughouding ontslaat den lasthebber van de verpligting tot teruggave, aan wien het ook zij; maar hij mag het goed slechts in natura onder zich houden, terwijl een voorregt hem betaling uit de opbrengst zou verzekeren, ingeval van verkoop, al ware het ook in geheel andere handen.

745. Zoodanig voorregt is den lasthebber niet gegeven; hij heeft het dus niet. Dat is, hij heeft het niet als lasthebber; dit belet echter niet, dat hij het uit anderen hoofde hebben kan, b. v. wegens kosten tot behoud van het goed gemaakt (1). Voor het overige heeft ook hier tusschen daarvoor vatbare wederzijdsche schulden compensatie plaats (2), en behelst overigens het regt van retentie een genoegzamen waarborg.

746. Men merke nog op, dat de wet hem dit alleen geeft ter zake van hetgeen hij ten gevolge der lastgeving heeft te vorderen. Maar dan heeft hij het ook in het algemeen, zonder dat hem kan worden tegengeworpen, dat hij zijne uitschotten met gelden van derden heeft gedaan (3).

747. In zijn belang is voorts nog in art. 1848 B. W. bepaald, dat, indien een lasthebber door verscheiden personen is aangesteld tot het waarnemen eener zaak, die aan hen allen gemeen is, elk hunner jegens hem voor het geheel aansprakelijk is voor al de gevolgen der lastgeving. Men lette op de algemeenheid der laatste woorden, waardoor de bepaling toepasselijk is op al wat in art. 1845—1847 en 1849 is behandeld. De wet heeft hier het tegendeel bepaald van hetgeen art. 1841 ten aanzien der lasthebbers vaststelt, maar terwijl er ten aanzien van dezen geen reden bestond om ieder voor het geheel aansprakelijk te stellen, is dit geheel anders ten aanzien der lastgevers, voor wie een last wordt verrigt, en voor wie het niet hard geacht kan worden, zoo zij, allen tezamen lastgevers zijnde, ook ieder op zich zelf als lastgever beschouwd worden (4).

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 698 en v. — (2) POTHIER, n. 58. — (3) Verg. Amsterdam 11 Febr. 1850, *W.* 1113. — (4) POTHIER, n. 82; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 289, 301, 314; DURANTON, VIII, n. 271; TROPLONG, n. 685 en v., 692; DE PINTO, II, § 1031, bl. 485; 3e uitg. § 1091, bl. 601.

748. De wet spreekt ook in zoo ver algemeen, dat zij niet onderscheidt, of de lasthebber loon ontvangt of niet; en er schijnt ook wel geene afdoende reden te zijn, waarom dit juist hier verschil moest maken (1), daar lastgeving daardoor niet ontaardt in huur van diensten, waarbij zoodanige hoofdelijkheid niet bestaat (2).

749. Maar de wet vordert, dat de lasthebber zij aangesteld door verscheiden lastgevers tot het waarnemen eener aan allen gemeene zaak. Hare bepaling is dus niet toepasselijk, waar een lasthebber door verscheiden lastgevers is aangesteld, maar voor afzonderlijke zaken, ieder hunner in het bijzonder betreffende; noch ook wanneer hij, hoezeer ter waarneming eener gemeene zaak, door slechts één is aangesteld. Hij heeft in dit geval als lasthebber slechts eene vordering tegen dien eenen, en is jegens de overigen, wien de zaak gemeen is, slechts negotiorum gestor, maar heeft als zoodanig geene hoofdelijke aanspraak voor het geheel (3). En waar de lasthebber door verscheiden lastgevers voor eene gemeene zaak is aangesteld, maar bij verschillende lastgevingen, is ieder van dezen slechts naar den aard zijner lastgeving jegens hem verbonden (4).

750. Wanneer de lasthebber zijn' last te buiten is gegaan, kan uit eene goedkeuring van één der lastgevers voor de overigen geene verpligting ontstaan. Om ook hier hoofdelijke aansprakelijkheid te doen aannemen, zou het verrigte door al de lastgevers moeten zijn goedgekeurd (5). Ik zie echter geene reden om ook daartoe met TROPLONG goedkeuring bij eene en dezelfde akte te vorderen. De hoofdelijkheid is, dunkt mij, genoegzaam gegrond in de oorspronkelijke gezamenlijke lastgeving, wanneer het gebrek, dat de uitvoering aankleefde, maar door aller goedkeuring wordt gedekt.

§ 9.

Verpligtingen van den lastgever tegenover derden.

751. Gelijk bij de verpligtingen van den lasthebber jegens derden, zoo moet ook hier wèl onderscheiden worden, of hij op eigen naam, zij het dan ook ter volvoering van den last, of wel voor en op naam van den lastgever gehandeld heeft.

752. In het eerste geval is de lastgever vreemd aan de derden, met wie voor hem gehandeld is, en hebben deze geen regt van vordering tegen hem, maar alleen tegen den lasthebber, even alsof deze

---

(1) TROPLONG, n. 683. DURANTON, t. a. p., keurt het echter af. — (2) TROPLONG, n. 689. — (3) Verg. hierboven VI, n. 629; TROPLONG, n. 694. — (4) Verg. bij dit een en ander TROPLONG, n. 693. — (5) TROPLONG, n. 695.

voor zich zelven gehandeld had (1). Art. 1844 *a* B. W., volgens 'twelk de lastgever verpligt is de verbindtenissen na te komen, door den lasthebber, overeenkomstig de magt, welke hij dezen heeft verleend, aangegaan, — die bepaling is blijkbaar opgesteld in de veronderstelling, waarvan men ook bij de bepaling van lastgeving in art. 1829 B. W. is uitgegaan, dat namelijk in naam van den lastgever gehandeld is. En gelijk wij zagen, dat die bepaling daardoor te naauw is gesteld, is aan den anderen kant art. 1844 in zoo ver te algemeen; maar deze algemeenheid mag niet leiden tot het besluit, dat de lastgever *tegenover derden* ook dan verbonden is, wanneer niet in zijn' naam is gehandeld (2); dit zou strijden met den aard der zaak en met de bedoeling des wetgevers, blijkbaar uit art. 1829. En zoo naar het Fransche regt de derden zich nog konden beroepen op art. 1166 C. N., om tegen den lastgever eene vordering in te stellen, die hun schuldenaar als lasthebber tegen hem zou kunnen instellen (3), zoo is, met dat artikel, ook die bevoegdheid onder onze wetgeving geheel verdwenen. — Eene uitzondering op het gezegde kan wel is waar worden aangenomen, waar de handeling, hoezeer dan niet juist op naam van, echter blijkbaar voor den lastgever geschiedde; maar dit kan ook slechts in zoo ver gelden, als het blijkbaar is, dat de handeling, hoezeer dan niet uitdrukkelijk, toch volgens de bedoeling der partijen voor den lastgever plaats had en dezen alleen raken zou (4).

753. Wanneer de lasthebber gehandeld heeft op naam van den lastgever, — waarbij natuurlijk wordt verondersteld, dat er werkelijk lastgeving heeft plaats gehad en deze niet slechts valschelijk door hem wordt voorgewend, als wanneer de voorgewende lastgever niet door hem jegens derden verbonden kan zijn, — in dat geval moet weder onderscheiden worden, of hij zich al dan niet heeft gehouden aan zijn' last. De onderscheiding, die wij bij de beschouwing der verpligtingen van den lasthebber maakten, of deze namelijk de derden al dan niet met zijne volmagt bekend heeft gemaakt, blijft hier buiten aanmerking; zij is slechts van toepassing op de verpligtingen van den lasthebber, niet op die van den lastgever.

754. Wanneer de lasthebber zich aan zijn' last heeft gehouden en dus gehandeld overeenkomstig de magt, hem door den lastgever verleend, dan is deze, volgens art. 1844 *a* B. W., verpligt, de verbindtenissen na te komen, door genen voor hem aangegaan, of met andere woorden, die hij door genen heeft aangegaan (5). Dit geldt zelfs dan,

---

(1) POTHIER, n. 88; TROPLONG, n. 522, 535, 597. — (2) Dit schijnt uit het oog verloren te zijn door DURANTON, XVIII, n. 261. — (3) ZACHARIAE, II, § 415, 3°, bl. 56; DURANTON, XVIII, n. 262. — (4) TROPLONG, n. 536 en v. — (5) TROPLONG, n. 595.

wanneer de lasthebber, te kwader trouw misbruik makende van zijne magt, voor zoo veel derden, die daarvan onbewust zijn, kunnen beoordeelen, overeenkomstig die magt handelt, maar haar inderdaad te buiten gaat; b. v. wanneer hij, wien men last heeft gegeven tot opneming van zekere som gelds, na dit reeds eenmaal te hebben gedaan, het bij een' ander nog eens doet. De lastgever moet dan het nadeel lijden, dat een gevolg kan zijn der kwade trouw van zijn' lasthebber; de derde, met wien overeenkomstig de verleende magt gehandeld is, heeft evenwel aanspraak op den lastgever (1).

755. De wet vordert niet volstrekt, dat de verbindtenissen juist zoo zijn aangegaan, als de lastgever heeft aangewezen; het is voldoende, zoo ze zijn aangegaan overeenkomstig de magt, aan den lasthebber verleend; d. i. terwijl deze, volgens de lastgeving, daartoe magt had. Dit is zeer zeker het geval, waar hij den last op eene voor den lastgever voordeeliger wijze volbrengt, dan welke de lastgeving hem voorschreef (2). Hetzelfde is het geval, waar de last slechts voor een gedeelte is voltooid; wanneer namelijk niet als de bedoeling van den lastgever moet worden aangenomen, dat de last niet anders dan in zijn geheel zou kunnen worden uitgevoerd, en eene gedeeltelijke uitvoering dus voor hem geene waarde had (3).

756. De lastgever is, volgens art. 1844 *b* B. W., niet gehouden tot hetgeen bovendien, d. i. boven de verleende magt, geschied is. Te dien aanzien bestaat dus voor den lastgever geene verbindtenis; het is voor hem als niet geschied. Hij heeft dus ook niet noodig, in regten de vernietiging daarvan te vragen (4), maar kan volstaan met, zoo de nakoming van hem gevorderd wordt, zich op overschrijding van den last te beroepen, en is daarin natuurlijk door geen' termijn, zoo als in art. 1490 B. W. is gesteld, beperkt (5). De bepaling ziet voorts niet alleen op het geval, dat iets is verrigt, waartoe geen magt was gegeven, maar omvat evenzeer het geval, dat datgene, waartoe op zich zelf magt gegeven was, op meer bezwarende wijze is verrigt, dan waartoe de lasthebber volgens zijn' last bevoegd was.

757. De niet-gehoudenheid van den lastgever houdt, volgens art. 1844 *b* B. W., op, wanneer en voor zoo ver hij, hetgeen boven den last verrigt is, uitdrukkelijk of stilzwijgend bekrachtigd heeft. Men kan dit als eene aanvulling der oorspronkelijke lastgeving beschouwen,

---

(1) POTHIER, n. 89; ZACHARIAE, II, § 415, 1°, bl. 55 en n 9. — (2) POTHIER, n. 92; DURANTON, XVIII, n. 233; DE PINTO, II, § 1029, bl. 484; 3e uitg. § 1089, bl. 600; SCHÜLLER, op art. 1844 B. W. Verg. echter art. 2781 *b* Ontw. v. 1820, art. 3248 Ontw. v. 1816, en hierover VOORDUIN, I, 1, bl. 94 en v., 106. — (3) POTHIER, n. 95. — (4) Verg. Raad v. just. te Samarang 2 Junij 1855, *W.* 1769. — (5) DURANTON, XVIII, n. 260; ZACHARIAE, II, § 415, 2°, bl. 56 en n. 2; TROPLONG, n. 598, 600.

waardoor het verrigte in overeenstemming is met de aldus verleende magt; in allen gevalle wordt het gebrek, dat de handeling, als oorzaak van verbindtenis voor den lastgever, aankleefde, daardoor gedekt (1). De wetgever heeft hier eene stilzwijgende bekrachtiging met eene uitdrukkelijke gelijk gesteld. De eerste kan echter niet onbepaald worden afgeleid uit het stilzwijgen van den lastgever, na bekend te zijn met hetgeen heeft plaats gehad; in den regel is daartoe eenige handeling van zijne zijde noodig; of moet hij althans zijn uitgelokt om zich te verklaren, zoo men aan zijn stilzwijgen zoodanige kracht zal kunnen toekennen (2). Voor het overige zij nog aangemerkt, dat de lastgever op zijne bekrachtiging niet kan terugkomen, op grond van min volkomene bekendheid met omstandigheden van ondergeschikt belang (3), en dat de bepalingen van art. 1929 B. W. op deze bekrachtiging niet van toepassing zijn (4).

758. Als boven of buiten de verleende magt verrigt moet niet alleen datgene beschouwd worden, wat regtstreeks den gegeven last te boven gaat, maar ook dat alles, waartoe geen last gegeven is. Dit moge op zich zelf den lastgever niet minder voordeelig zijn, dan dat waartoe hij last heeft gegeven; het ligt desniettemin buiten de magt van den lasthebber als zoodanig, en deze kon alzoo den lastgever daardoor niet verbinden (5).

§ 10.

Van de regten van den lastgever.

759. Wij hebben de verpligtingen van den lastgever, zoo jegens den lasthebber als jegens derden, beschouwd; wij moeten nu ook kortelijk van zijne regten gewagen. In het algemeen zij hier aangemerkt, dat hij door de lastgeving de bevoegdheid niet verliest om zelf te verrigten, wat hij aan een' ander heeft opgedragen (6). Wel eindigt daardoor zonder opzegging de lastgeving niet, en wordt hij door de handelingen, welke de lasthebber in zijn' naam verrigt, evenzeer verbonden, alsof hij ook deze zelf had verrigt; maar dit moge hem blootstellen aan regtsvorderingen van derden, het ontneemt aan zijne handeling niets van hare kracht. Wat voorts de regten van den lastgever tegenover den lasthebber betreft, ze behoeven hier geene afzonderlijke vermelding, omdat ze van zelve staan tegenover de verpligting van den laatstgenoemde, die wij behandeld hebben. Maar

---

(1) Troplong, n. 601 en v. — (2) Troplong, n. 610—612. — (3) Troplong, n. 613. – (4) Troplong, n. 608 en v.; zachariae, II, § 415, bl. 56, n. 1. — (5) Pothier, n. 97; de pinto, II, § 1029, bl. 484; 3e uitg. § 1089, bl. 600. — (6) Verg. Haarlem 28 Dec. 1837, *R. in N.*, bl. 369.

zijne regten tegenover derden hebben wij nog niet beschouwd, daar wij slechts van de verpligtingen van hem jegens dezen hebben gewaagd, en niet omgekeerd.

760. Art. 1836 B. W. zegt, dat de lastgever dengene, met wien de zaakgelastigde in die hoedanigheid gehandeld heeft, onmiddellijk in regten betrekken en de voldoening der overeenkomst vorderen kan. Deze bepaling, aan den C. N. ontbrekende, is door onzen wetgever uitdrukkelijk opgenomen, ten einde allen twijfel weg te nemen omtrent de bevoegdheid des lastgevers om onmiddellijk dengene in regten aan te spreken, met wien de lasthebber gehandeld heeft, zonder dat de tusschenkomst van dezen kan worden gevorderd (1).

761. Die bepaling gaat ook van de veronderstelling uit, dat door den lasthebber op naam van den lastgever gehandeld is, en dus deze door den lasthebber met derden in betrekking is gekomen (2). Vandaar dat onze wetgever den lastgever die bevoegdheid kon toekennen, en dat hem die ook onder het Fransche regt kon worden toegekend; terwijl het anders was naar het Romeinsche regt, toen een lasthebber slechts op eigen' naam, niet op naam van den lastgever handelen kon. Doch nu spreekt dan ook art. 1836, even als art. 1844, te algemeen, daar het alle gevallen schijnt te omvatten, maar inderdaad slechts past voor het geval, dat wel naar de woorden van art. 1829 B. W. als het eenige door onzen wetgever schijnt beschouwd te zijn, doch dat evenwel het eenige niet is.

762. Wanneer door den lasthebber niet in naam van den lastgever gehandeld is, heeft deze de bevoegdheid niet, die art. 1836 B. W. hem toekent (3). De derde, met wien voor hem gehandeld is, is dan even vreemd aan hem als hij aan genen is. Hij moge al van den lasthebber overdragt kunnen vorderen van de regtsvordering, die deze tegen den derde heeft, en na die overdragt zelf de regtsvordering tegen dezen kunnen instellen (4); hij doet het dan niet als lastgever, maar krachtens die overdragt, en staat als zoodanig met ieder' ander, wien eene actie is overgedragen, gelijk.

763. Tot die overdragt is dan ook noodig, dat de regtsvordering nog bestaat en de verbindtenis tusschen den lasthebber en den derde niet door betaling, door vergelijking van schuld of op andere wijze is te niet gegaan. Wanneer toch de verbindtenis den derde de verpligting oplegde tot betaling eener geldsom, maar hij tevens schuldeischer was van den lasthebber, die met hem op eigen' naam handelde, zoo wordt de vergelijking dier schulden niet verhinderd door

---

(1) ASSER, § 853. — (2) DE PINTO, II, § 1022, bl. 483; 3e uitg. § 1082, bl. 598. Verg. LIPMAN, bl. 545. — (3) TROPLONG, n. 522. — (4) TROPLONG, n. 523.

de omstandigheid, dat deze lasthebber was en voor een' ander handelde; dit gaat den derde niet aan (1).

764. Het gebeurt somwijlen, dat een lasthebber als zoodanig handelt, doch zonder den naam van zijn' lastgever te noemen, maar met voorbehoud om dien later op te geven. In zoodanig geval moet de lasthebber, zoolang hij den naam des lastgevers niet heeft opgegeven, geacht worden op eigen' naam gehandeld te hebben; zijn voorbehoud neemt niet weg, dat er vooralsnog slechts eene verbindtenis bestaat tusschem hem en den derde, met wien hij gehandeld heeft. Na het opgeven van den naam des lastgevers wordt het alsof de lasthebber op naam van dezen heeft gehandeld. Er bestaat nu eene verbindtenis tusschen den lastgever en den derde, en art. 1836 B. W. vindt zijne toepassing (2).

AFDEELING IV.

Over de verschillende wijzen, waarop lastgeving eindigt.

§ 11.

Oorzaken, die de lastgeving doen eindigen.

765. Lastgeving eindigt, volgens art. 1850 B. W.:

door herroeping der volmagt van den lasthebber;

door de opzegging van den last door den lasthebber;

door den dood, de curatele, den staat van faillissement of van kennelijk onvermogen, hetzij van den lastgever, hetzij van den lasthebber;

door het huwelijk der vrouw, die den last gegeven of ontvangen heeft.

766. Deze oorzaken, die ten deele in de volgende artikelen nader worden ontwikkeld of wat de gevolgen betreft nader bepaald, kunnen nog met eenige andere vermeerderd worden (3); zij kunnen ook eenigzins anders worden gerangschikt. Zoo kan men zeggen, dat lastgeving eindigt:

door de volvoering van den last;

door het verloopen van den bepaalden tijd of de vervulling eener ontbindende voorwaarde;

---

(1) Troplong, n. 524 en v., 529. — (2) Troplong, n. 548. — (3) Verg. Troplong, n. 706; v. Assen, § 359, bl. 393.

doordien de volvoering onmogelijk is geworden;
door het ophouden der bevoegdheid van den lastgever;
door den dood van lastgever of lasthebber;
doordien lastgever of lasthebber de vrije uitoefening zijner regten verliest:
door overeenkomst tusschen lastgever en lasthebber;
door den wil van een' van beiden.

767. In het algemeen zij hier al aanstonds aangemerkt, dat al die oorzaken de lastgeving doen eindigen, en dus een einde maken aan de bevoegdheid zoowel als aan de verpligting van den lasthebber tot vervulling van den hem opgedragen last. De lastgeving wordt daardoor niet vernietigd en als niet geschied beschouwd. Hare gevolgen duren alzoo voort, en de verpligting van lastgever en lasthebber nemen door het eindigen der lastgeving geen einde (1).

768. Lastgeving eindigt met de volvoering van den last (2). De lasthebber is van verdere bemoeijingen ontslagen, en heeft, zoo zijn last tot bepaalde handelingen beperkt was, zelfs voor de gevolgen daarvan niet te zorgen. Hij is ook als lasthebber verder tot niets bevoegd; en zoo hij zich nog verder met de zaken van den lastgever inlaat, moet hij als negotiorum gestor, niet meer als lasthebber beschouwd worden.

769. Eene soortgelijke oorzaak van het eindigen der lastgeving is het verloopen van den bepaalden tijd (3), waarmede gelijk gesteld kan worden de vervulling eener ontbindende voorwaarde. In zekeren zin, althans in sommige gevallen, kan de tijdelijk of voorwaardelijk opgedragen last gezegd worden volvoerd te zijn, wanneer de bepaalde tijd verstreken of de voorwaarde vervuld is. Men moet daarin echter eene afzonderlijke oorzaak van het eindigen der lastgeving zien; daar dit onafhankelijk is van de vraag, of de lasthebber al dan niet werkelijk heeft volvoerd, wat de lastgever bedoelde, dat hij inmiddels volvoeren zou.

770. Lastgeving eindigt ook, wanneer de volvoering van den last onmogelijk is geworden. Dit kan plaats hebben door het te niet gaan der zaak, die er het onderwerp van is (4). Het kan almede plaats hebben door een wettelijk verbod, of door veranderde omstandigheden, die de volvoering beletten. De lasthebber is dan niet slechts niet wegens verzuim aansprakelijk, maar de lastgeving zelve moet als vervallen beschouwd worden.

771. Lastgeving eindigt eveneens, ofschoon de wet daarvan niet

---

(1) Pothier, n. 64, en Troplong, n. 723, zeggen dit bepaaldelijk van het eindigen door den dood. — (2) Troplong, n. 760. — (3) Troplong, n. 761. — (4) Troplong, n. 360 en 759, waar hij spreekt van het eindigen der lastgeving door force majeure.

spreekt, met het ophouden der bevoegdheid van den lastgever (1). Wanneer deze zelf lasthebber van een' ander, wanneer hij voogd, curator of bewindvoerder was, dan moet met het eindigen zijner hoedanigheid, door den dood van zijn' lastgever als anderszins, noodwendig ook de lastgeving eindigen, die daarvan een uitvloeisel was. Zoodra toch de lastgever ophoudt bevoegd te zijn om zelf te handelen, moet hij ook ophouden bevoegd te zijn om door een' ander, een' gedelegeerde, te laten handelen; deze is dus noch verpligt, noch bevoegd den last te volvoeren.

772. De dood van den lastgever of van den lasthebber wordt in art. 1850 B. W. uitdrukkelijk vermeld als oorzaak van het eindigen der lastgeving. Wat vooreerst den dood des lastgevers betreft, daarmede houdt natuurlijk zijn wil op om door den lasthebber te handelen; zijne erfgenamen behoeven niet verondersteld te worden hetzelfde door dien lasthebber te willen laten volbrengen; en, wat wel als beslissend kan worden aangenomen, zoodra de lastgever ophoudt te bestaan, kan hij zelf niet meer handelen en kan daarom ook niet meer door een' ander voor hem gehandeld worden (2). Dit geldt zoowel wanneer de zaak niet meer, als wanneer zij nog wel in haar geheel is. In het laatste geval heeft het eindigen der lastgeving hetzelfde gevolg, alsof zij nooit had bestaan. In het eerste geval eindigt zij meer bepaaldelijk en houdt op voor het vervolg te bestaan (3). De bepaling van art. 1855 B. W. moge voorts uit een beginsel van billijkheid het eindigen der lastgeving wat minder gestreng toepassen; dit neemt niet weg, dat de lastgeving zelve werkelijk met den dood des lastgevers geëindigd is (4).

773. Met den dood des lastgevers moet ook in dezen gelijk gesteld worden de verklaring van zijn vermoedelijk overlijden, volgens de tweede afdeeling van den titel van afwezigheid (5). In het oog der wet toch is hij dan dood. De bepaling van art. 1855 B. W. moge hier vooral ruime toepassing vinden; dit neemt niet weg, dat de lastgeving zelve eigenlijk geëindigd is.

774. De bepaling der wet is voorts ook in zoo ver algemeen, dat het onverschillig is, of het de eigen belangen van den lastgever geldt, dan of hij de belangen van een' ander had opgedragen. Wanneer hij zelf voogd, curator, bewindvoerder of ook lasthebber was, eindigt de lastgeving toch evenzeer met zijn' dood. Ten onregte zou men beweren, dat de lastgeving, hier voor een' ander geschied zijnde,

---

(1) POTHIER, n. 112; TROPLONG, n. 753 en v.; DURANTON, XVIII, n. 289. — (2) POTHIER, n. 103; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 305, 315; DURANTON, XVIII, n. 283; TROPLONG, n. 721. — (3) TROPLONG, n. 722 en v. — (4) TROPLONG, n. 724, 727. — (5) Verg. POTHIER, n. 103; DURANTON, XVIII, n. 288.

ook slechts door den dood van dien ander eindigen kan; het is de lastgever, van wien de lastgeving is uitgegaan en die daarbij magt gegeven heeft om voorhem te handelen ente verrigten, wat hij anders zelf zou hebben verrigt. Anders zou het slechts zijn ten aanzien van eenen tweeden lasthebber, die door den oorspronkelijken lastgever was erkend en daardoor als diens lasthebber beschouwd moest worden (1).

775. Er is, wel is waar, betoogd, dat, wanneer door den lastgever magt tot substitutie is verleend, deze substitutie niet eindigt door den dood des oorspronkelijken lasthebbers (2); maar de gronden van dat betoog komen mij niet overtuigend voor. Men verwerpt hier den regel: „accessorium sequitur suum principale"; maar men schijnt daarbij de substitutie te veel gelijk te stellen met eene handeling, die ter uitvoering van den last wordt verrigt. En al wil men haar nu ook geen accessorium van de lastgeving noemen, zoo neemt dit toch niet weg, dat zij geheel een uitvloeisel is van de magt des lasthebbers, dat zij van die magt afhankelijk is en met haar eindigt. Men zegt verder, dat, terwijl bij den dood des lasthebbers in den regel één der twee tot de overeenkomst noodzakelijke personen ophoudt te bestaan, er ingeval van substitutie twee personen aanwezig blijven: hij die den last gegeven heeft, en hij die den last volvoeren kan, onverschillig of deze zijne bevoegdheid middellijk of onmiddellijk aan genen ontleent; maar men schijnt er niet genoeg op te letten, dat deze niet is eene der partijen, tusschen welke de verbindtenis is aangegaan. Een beroep op art. 1840, 2° B. W. doet daarbij mede niets af; daar die bepaling alleen de verpligting van den lasthebber tegenover den lastgever ingeval van substitutie regelt, maar geenszins de kracht en den duur dier substitutie zelve van de daar gemaakte onderscheidingen afhankelijk stelt. Ja, de onderscheiding zelve, die bij het betoog op den voorgrond wordt geplaatst, komt mij voor de kracht er van niet weinig te verzwakken. Men schijnt daardoor toch te ontkennen, dat, zoo de lastgever geene magt tot substitutie heeft gegeven, deze met den dood des lasthebbers eindigen moet. Dit moet dan wel een gevolg zijn van het eindigen der lastgeving zelve; maar daar deze zeker tusschen den lastgever en den lasthebber door den dood van dezen ook eindigt, wanneer er magt tot substitutie is gegeven, kan deze substitutie in het eene geval geene kracht behouden, onder dezelfde omstandigheid, waaronder zij die in het andere zou missen, zonder dat de wet zelve dit heeft beslist, of meer afdoende gronden daarvoor pleiten.

776. Wanneer er meer lastgevers zijn, schijnt de dood van één hunner voldoende te zijn, om de lastgeving te doen eindigen (3); in-

(1) POTHIER, n. 104 en v. — (2) Zie *Regtsg. Adv.*, IV, bl. 133—136. — (3) TROPLONG, n. 739.

dien namelijk niet ieder van hen op zich zelf stond, zoodat er zoovele afzonderlijke lastgevingen bestaan, maar zij den lasthebber tezamen hadden aangesteld tot het waarnemen eener zaak, die aan allen gemeen is. Met den dood van een' hunner toch houdt de lasthebber op de magt te hebben, die hij slechts aan allen tezamen kon ontleenen.

777. Hoe algemeen voorts de dood als oorzaak van het eindigen der lastgeving wordt voorgesteld, hij is dit echter niet in alle gevallen. Niet zelden wordt een last opgedragen, die eerst na den dood des lastgevers kan worden volvoerd; en zoo nu hier die dood de lastgeving noodwendig deed eindigen, dan zou haar einde even noodwendig aan de volvoering moeten voorafgaan, maar dan zou zoodanige lastgeving ook ijdel zijn. En toch bestaat er geene reden, om haar alle gevolg te ontzeggen. De bepaling toch, dat lastgeving eindigt met den dood, betreft juist niet de openbare orde en vindt alzoo hare toepassing slechts daar, waar de bepaalde strekking der lastgeving niet zoozeer het tegendeel aanduidt, dat partijen noodwendig bedoeld moeten hebben daarvan af te wijken. De dood kan ook zeer goed als oorzaak van het eindigen der lastgeving zijn opgegeven, zonder juist onbepaald en in alle gevallen dat gevolg te hebben. Men kan zelfs in zekeren zin de uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen als eene door de wet uitdrukkelijk erkende soort van zoodanige lasthebbers beschouwen, wier taak den dood des erflaters overleeft (1). Het spreekt voorts van zelf, gelijk dit trouwens ook in 't algemeen geldt, dat zoodanige lastgeving geen ongeoorloofd doel mag hebben, en niet mag strekken om te bewerken, wat de lastgever regtstreeks niet bevoegd was uit te werken, b. v. eene verbodene erfstelling over de hand en dergelijke.

778. Hetzelfde geldt, wanneer de lastgeving niet alleen het belang van den lastgever bedoelt, maar ook dat van den lasthebber of een' derde. Zoo bij de magtiging, bedoeld in art. 1223 B. W. Zoo waar een derde, in zijn belang of in dat van den schuldenaar, wordt aangewezen als degene, aan wien eene schuld betaald moet worden, adjectus solutionis gratia. Dit geldt in het algemeen, wanneer de lastgeving is de voorwaarde eener overeenkomst of het middel van uitvoering eener aangegane verbindtenis (2).

779. De dood van den lasthebber doet eveneens de lastgeving eindigen, onverminderd de bepaling van art. 1856 B. W. De lastgever heeft wel vertrouwen getoond in den lasthebber, maar daarom

(1) POTHIER, n. 108; DURANTON, XVIII, n. 284; TROPLONG, n. 728 en v.; ZACHARIAE, II, § 416, 3°, bl. 57. Verg. hierboven V, n. 5. — (2) DURANTON, XVIII, n. 284; TROPLONG, n. 737; ZACHARIAE, II, § 416, bl. 57 en n. 2.

niet ook in diens erfgenamen (1). De lastgeving is van geheel persoonlijken aard; zij geeft den lasthebber eene bevoegdheid en legt hem eene verpligting op, die alleen zijn' persoon betreffen, en bij zijn overlijden niet op zijne erfgenamen overgaan.

780. Wanneer er verscheiden lasthebbers benoemd zijn, die ieder op zich zelf kunnen handelen, of wier werkzaamheden verdeeld zijn, zoo doet de dood van één hunner de geheele lastgeving niet eindigen, maar laat die ten aanzien der overigen in stand. Wanneer de lasthebbers slechts tezamen bevoegd waren te handelen, moet de dood van een hunner de geheele lastgeving doen eindigen, wier werking nu onmogelijk is geworden (2).

781. Lastgeving eindigt ook, wanneer óf de lastgever óf de lasthebber de vrije uitoefening zijner regten verliest. Treft dit den lastgever, zoo is hij zelf tot handelen onbekwaam, maar kan dan ook niet door een' ander laten verrigten, wat hij zelf niet meer verrigten kan (3). Ditzelfde geldt wel niet, waar het verlies den lasthebber treft, daar, blijkens art. 1835 B. W., ook de zoodanigen lasthebbers kunnen zijn, die de vrije uitoefening hunner regten missen. Maar in het daar bedoeld geval heeft de lastgever werkelijk zoodanigen lasthebber benoemd; terwijl daarentegen, wanneer een oorspronkelijk volkomen bekwaam lasthebber de vrije uitoefening zijner regten verliest, en alzoo ook door mindere aansprakelijkheid minder waarborg aanbiedt, de wetgever met regt als regel heeft aangenomen, dat hij den lastgever niet meer voldoet, en daarom de lastgeving heeft doen eindigen (4); wat zeker ook daarom alleszins goedkeuring verdient, dat de lastgever ligt door afwezigheid of door onwetendheid niet in de gelegenheid zou zijn om zelf door eene herroeping van den last van zijne bedoeling te doen blijken.

782. Art. 1850 B. W. spreekt met name van de curatele, waardoor men met een' minderjarige gelijk gesteld wordt (5), en van den staat van faillissement of van kennelijk onvermogen, die, volgens art. 770 W. v. K. en art. 888 W. v. B. R., de beschikking en het beheer over de eigen goederen doet verliezen (6). Art. 2003 C. N. spreekt van la déconfiture; art. 1860 Wetb. van 1830 van den verklaarden staat van onvermogen. Bij de latere herziening is dit veranderd in: staat van faillissement of van kennelijk onvermogen (7), waardoor de bedoelde toestand zoowel van een' koopman, als van iemand, die niet tot den handelstand behoort, wordt

---

(1) POTHIER, n. 101; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 315; TROPLONG, n. 742. — (2) POTHIER, n. 102; TROPLONG, n. 742. — (3) POTHIER, n. 111; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 315; TROPLONG, n. 744. — (4) TROPLONG, n. 750. — (5) DURANTON, XVIII, n. 285 en v.; TROPLONG, n. 745 en v. — (6) DURANTON, XVIII, n. 287; TROPLONG, n. 746, 751. — (7) VOORDUIN, V, bl. 409.

aangeduid, en die niet anders dan ten gevolge eener regterlijke verklaring aanwezig is (1).

783. Art. 1850 B. W. spreekt voorts ook van het huwelijk der vrouw, die den last gegeven of aangenomen heeft, en dus hetzij zij lastgeefster of lasthebster is (2). Art. 2003 C. N. zwijgt daarvan; maar daar de vrouw door het huwelijk de vrije uitoefening harer regten verliest, gold ook voor haar dezelfde ratio legis, als voor de andere opgenoemden (3). Daarom kon dan natuurlijk ook alleen het huwelijk der vrouw, niet dat van den man, zoodanig gevolg hebben.

784. Dat lastgeving eindigt door overeenkomst tusschen den lastgever en den lasthebber, spreekt wel van zelf. Wat door overeenkomst is ontstaan, kan ook weer door overeenkomst te niet gaan.

785. Maar lastgeving kan ook eindigen door den wil van één van beiden, van den lastgever of den lasthebber alleen. Hoezeer op overeenkomst en dus op den overeenstemmenden wil van beide partijen gegrond, kan zij echter door den wil van ééne van dezen ophouden, zonder medewerking en toestemming der andere (4). Maar de lastgeving moet ook aan de zijde van den lastgever gegrond zijn op den wil, dat iets zal verrigt worden, en dat het door een' ander zal verrigt worden, en op het vertrouwen door hem in den lasthebber gesteld; en aan den kant van den lasthebber behoort de wil en de lust aanwezig te zijn om den lastgever te dienst te staan den last te volbrengen. Waar de wil van genen veranderd of het vertrouwen verloren is; waar bij dezen de lust is verdwenen, zoodat hij slechts met tegenzin den last volbrengen zou, daar moet aan beide zijden een einde aan de lastgeving gemaakt kunnen worden; en er behoefde alleen voor te worden gezorgd, dat de een niet door den veranderden wil des anderen benadeeld worde, en hiervoor is behoorlijk gezorgd.

786. Wat vooreerst den lastgever betreft, zoo is als algemeene regel in art. 1851 B. W. bepaald, dat hij den last kan herroepen, wanneer hem zulks goeddunkt. Men kan aan dat „wanneer" een dubbelen zin toekennen. Vooreerst kan de lastgever, zoo hem zulks goeddunkt, den last herroepen, en hangt dit dus geheel van zijnen wil af, zonder dat hij verpligt is daarvoor reden op te geven, of de

---

(1) Amsterdam 23 Nov. 1854, *W.* 1686. — (2) Verg. over een verschil in de Nederlandsche en de Fransche redactie van het Ontwerp, dat verholpen is door de bepaling meer algemeen te maken, VOORDUIN, V, bl. 409. — (3) ASSER, § 858, 1°; DE PINTO, II, § 1032, 5, bl. 486; 3e uitg. § 1092, 5, bl. 602; SCHÜLLER, op art. 1850 B. W. Verg. DURANTON, XVIII, n. 286, 291; TROPLONG, n. 749. — (4) DE PINTO, II, § 1032, 1, bl. 485; 3e uitg. § 1092, 1, bl. 601; SCHÜLLER, op art. B. W.; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 289 en v., 303 en v., 314 en v.; TROPLONG, n. 707; DURANTON, XVIII, n. 372.

lasthebber regt heeft de herroeping als ontijdig, onregtvaardig en willekeurig te bestrijden; stat pro ratione voluntas (1). Ten anderen kan de herroeping ook ten allen tijde geschieden, en is het daartoe niet noodig, dat de zaak nog in haar geheel zij. Waar dit het geval is, blijft na de herroeping der lastgeving geenerlei verbindtenis deswege tusschen den lastgever en den lasthebber bestaan. Waar de zaak niet meer in haar geheel is, is dit anders. Maar de lastgeving zelve kan desniettemin ten allen tijde door den lastgever herroepen worden (2).

787. Hoe algemeen art. 1851 B. W. ook luidt, geloof ik echter, dat, wanneer verscheiden lastgevers tezamen een' lasthebber hebben aangesteld, één hunner op zich zelf niet bevoegd is tot herroeping. De gezamenlijke lastgevers zijn hier dan ook inderdaad *de* lastgever, wien de wet die bevoegdheid geeft. Door tezamen een' last op te dragen, staan zij niet alleen met den lasthebber in betrekking, maar ook met elkander, en kan één hunner eene lastgeving niet verijdelen, die hij met anderen vereenigd heeft aangegaan (3). Dat ook naar onze meening de dood van een' der lastgevers de lastgeving doet eindigen, strijdt niet hiertegen. Daarmede zou wel in verband staan, dat de geheele lastgeving ook zou eindigen door herroeping van een' der lastgevers, zoo deze daartoe bevoegdheid had maar het beslist niet over die bevoegdheid zelve; en het gevolg eener gebeurtenis, afhankelijk van hoogere magt, kan niet als grond worden aangevoerd om hetzelfde gevolg toe te kennen aan eene geheel vrije handeling.

788. De algemeenheid van art. 1851 B. W. belet zelfs niet, dat er gevallen zijn, waarin de lastgever den last niet kan herroepen. Verschillend wordt er gedacht over de vraag, of de lastgever bij de lastgeving ook geldig afstand kan doen van het regt om te herroepen; of de lastgeving onherroepelijk kan worden verklaard met dat gevolg, dat de lastgever daardoor werkelijk gebonden is. Er zijn, die hierop in het algemeen ontkennend antwoorden (4). Er zijn, die het tegendeel aannemen, maar bepaaldelijk in de veronderstelling, dat de lastgeving aan eene andere verbindtenis verknocht was of de onherroepelijkheid verbonden aan de vervulling eener voorwaarde (5). Het komt mij voor, dat de vraag in het algemeen bevestigend beantwoord moet wor-

---

(1) TROPLONG, n. 765. — (2) MALLEVILLE, IV, bl. 104; TROPLONG, n. 708, 764. — (3) Verg. hierboven VII, n. 868. Anders TROPLONG, n. 719. — (4) Zóó Amsterdam 6 Junij 1843, *W.* 458; *R. B.*, V, bl. 863; Amsterdam 26 Jan. 1844, *W.* 942; *R. B.*, VI, bl. 678 en v.: MOLSTER, *Bepalingen van wet en regt omtrent den geld- en fondsenhandel*, bl. 66. — (5) Zie Amsterdam 5 Febr. 1845, *W.* 580; Amsterdam 6 October 1847, *W.* 916. Verg. Amsterdam 21 Sept. 1852, *W.* 1410.

den (1), behoudens bepaalde gevallen, waarin de wet uitdrukkelijk het tegendeel heeft bepaald. Onherroepelijkheid toch wordt nergens gezegd zoodanig tot het wezen der lastgeving te behooren, dat daarvan niet kan worden afgeweken, en nergens wordt de bevoegdheid hiertoe den lastgever ontzegd. Art. 1851 B. W. zegt wel, dat hij den last kan herroepen, maar het geldt immers van zoo vele artikelen, dat zij slechts bepalen, wat regel is, maar daarom niet beletten, dat partijen daarvan kunnen afwijken. Bevoegdheid tot herroeping is ook hier de regel, maar daaruit volgt even weinig, dat daarvan niet kan worden afgeweken, als uit het eindigen der lastgeving door den dood des lastgevers moet worden afgeleid, dat lastgeving nooit de grenzen van diens leven kan overschrijden. Die bevoegdheid is den lastgever in zijn belang toegekend, en in het algemeen kan ieder van hetgeen in zijn belang is vastgesteld afstand doen. In het algemeen kunnen ook partijen door hare overeenkomst afwijken van de wet; dit wordt slechts, in art. 14 Alg. Bep., uitgesloten ten aanzien der wetten, die op de publieke orde of goede zeden betrekking hebben, en noch het een, noch het ander zal men met grond kunnen beweren, dat het geval is met art. 1851. De afstand van de bevoegdheid tot herroeping kan voorts in het belang van beide partijen zijn: in dat van den lasthebber, wiens stelling tegenover den lastgever daardoor te vaster wordt; in dat van dezen, omdat hij misschien slechts zóó een lasthebber heeft kunnen vinden, of zich daardoor uit moeijelijke omstandigheden heeft gered. Een bewijs voor de geldigheid van zoodanigen afstand in het algemeen meen ik eindelijk daaraan te mogen ontleenen, dat de wetgever in enkele bepaalde gevallen de bevoegdheid tot herroeping uitdrukkelijk heeft gehandhaafd en alle daarmede strijdige overeenkomsten nietig heeft verklaard, zoo als bepaaldelijk het geval is in art. 67 der Wet tot regeling der militaire pensioenen bij de zeemagt, van 28 Augustus 1851 (Sb. n. 127), en in art. 66 der Wet tot regeling der militaire pensioenen bij de landmagt, van dezelfde dagteekening (Sb. n. 129), en in art. 1 der hierbij afgeschafte Wet van 26 Mei 1849 (Sb. n. 24).

789. Wanneer de lastgever afstand doet van zijn regt van herroeping, heeft hij zich zelven het regt benomen om de lastgeving te doen eindigen, maar daardoor wordt niets veranderd aan de kracht der overige oorzaken, waardoor zij eindigen kan Zijn dood, zijne

---

(1) Verg. ook mr. J. SCHOUTEN, *Onderzoek, of de lastgever wettig afstand kan doen van het vermogen, dat de wet bij art.* 1851 *B. W. hem toekent* (Amst 1844), vooral bl. 5 en v.; *Regtsg. Adv.*, I, bl. 114 en v.; DE PINTO, 3e. uitg. § 1092, 1, bl. 601 en v.; 's Gravenhage 17 Nov. 1846, *W.* 770; Z.-Holland 9 Febr. 1848, *W.* 898; *R. en W.*, III, bl. 56—63; N.-Holland 2 Oct. 1845, *W* 942.

curatele, zijn staat van faillissement of kennelijk onvermogen doet haar dus evenzeer ophouden, als wanneer zoodanige bepaling niet bij de lastgeving was gemaakt (1).

790. Het doen van afstand van de bevoegdheid tot herroeping door den lastgever heeft voorts niet ten gevolge, dat alles wat in strijd daarmede is geschied, de herroeping zelve en alles, wat dien ten gevolge door den lastgever zelven of door een anderen lasthebber voor hem is verrigt, nietig is en van onwaarde. De bevoegdheid van den lastgever is slechts beperkt tegenover den lasthebber; de overeenkomst, waarbij die afstand is gedaan, heeft een gelijk gevolg als iedere andere overeenkomst, dat zij namelijk, partijen strekkende tot wet, slechts tusschen deze eene verbindtenis schept. Deze is in dit geval eene verbindtenis om iets niet te doen; die, volgens art. 1275 B. W., wordt opgelost in vergoeding van kosten, schaden en interessen, ingeval de schuldenaar niet aan zijne verpligting voldoet, zoodat de lastgever deswege ook volgens art. 1278 jegens den lasthebber aansprakelijk is; maar ten aanzien waarvan deze ook, volgens art. 1276 B. W., het regt heeft om de vernietiging te vorderen van hetgeen strijdig met de verbindtenis verrigt is. Een gevolg hiervan kan zijn, dat derden zonder hunne schuld schade lijden; maar, behalve dat ook zij hun verhaal hebben op den lastgever, kan dit geene reden zijn om ten nadeele van den lasthebber, die zich op eene vroegere verbindtenis beroept, in stand te houden, wat de lastgever in strijd daarmede heeft verrigt.

791. Er is zelfs niet altoos een uitdrukkelijke afstand van den lastgever, een uitdrukkelijk beding bij de lastgeving noodig, om zijne bevoegdheid tot herroeping te beperken. Zoo kan, volgens art. 1673 B. W., de magt tot beheer, bij een bijzonder beding der overeenkomst van maatschap aan eenen vennoot opgedragen, zoolang de maatschap duurt, niet zonder wettige redenen herroepen worden. Op gelijke wijze kan, zoo dikwijls de lastgeving eene voorwaarde is, waarop eene andere overeenkomst is aangegaan, of anderszins onafscheidelijk hiermede zamenhangt, de lastgever haar niet willekeurig en zonder den wil der andere partij doen eindigen (2).

792. In welke termen de herroeping plaats heeft, is onverschillig, wanneer daarin maar de bedoeling des lastgevers duidelijk genoeg ligt opgesloten (3). Op welke wijze zij wordt uitgedrukt, is evenzeer onverschillig; maar de uitdrukking zelve is niet voldoende, zoo zij niet ter kennis van den lasthebber wordt gebragt. Dezen moet de magt worden ontnomen; hij moet dus weten, dat de wil des lastge-

---

(1) Verg. 's Hertogenbosch 11 Mei 1842, *W.* 303. — (2) TROPLONG, n. 718; ZACHARIAE, II, § 416, bl. 56. — (3) TROPLONG, n. 709.

vers veranderd is. Vanhier dat dan ook in art. 1852 en 1853 B. W. uitdrukkelijk van eene kenbaarmaking aan den lasthebber wordt gesproken (1). Het zekerste middel hiertoe is zeker eene beteekening bij deurwaarders-akte, die den lastgever het beste bewijs in handen geeft van de gedane herroeping. In het algemeen is het echter voldoende, zoo maar de herroeping plaats heeft en den lasthebber kenbaar wordt gemaakt, onverschillig op welke wijze dit geschiedt; zoo de lastgever zulks, waar het noodig mogt zijn, maar kan bewijzen. En hiertoe staan hem al de gewone middelen van bewijs ten dienste.

793. De herroeping van den last kan ook stilzwijgend geschieden. Volgens art. 1853 B. W. namelijk brengt de aanstelling van een nieuwen lasthebber tot het verrigten van dezelfde zaak de herroeping van den eersten mede, te rekenen van den dag, waarop die aanstelling aan den laatstgemelde kenbaar is gemaakt. De wetgever heeft begrepen, dat in den regel zoodanige aanstelling het bewijs oplevert, dat de lastgever den anderen lasthebber in de plaats van den eersten heeft willen stellen, en dat zij dus met eene uitdrukkelijke herroeping kon worden gelijk gesteld (2).

794. Dit neemt intusschen niet weg, dat de aanstelling van een anderen lasthebber eene andere oorzaak hebben kan; b. v. de vrees, dat de eerstgenoemde misschien verbinderd kan worden den last te volvoeren; zoodat de lastgever dus niet bedoelde een anderen lasthebber in de plaats van, maar wel hem nevens den eersten te stellen. In zoodanig geval moet het gevolg, dat de wet aan die aanstelling hecht, natuurlijk wijken voor de bedoeling van den lastgever (3), die, evenzeer als hij tegelijk twee lasthebbers voor dezelfde zaak had kunnen aanstellen, dit ook bij opvolging doen kan. Maar dan is het ook noodig, dat van die bedoeling des lastgevers, bepaaldelijk uit de kenbaarmaking aan den eersten lasthebber, blijke. Anders zal de bepaling van art. 1853 B. W. als regel moeten gelden, en hiertoe is het niet noodig, dat de daar veronderstelde bedoeling werkelijk uit de omstandigheden kenbaar zij. In zoo ver kan ik dus niet instemmen met TROPLONG, wanneer hij beweert, dat alles afhangt van de opvatting van feiten, wier strekking zeer verschillend kan zijn (4). Eveneens geloof ik, dat die schrijver er ten onregte eenige moeijelijkheid in heeft gezien om dit artikel in overeenstemming te brengen met art. 1958 B. W. (art. 1352 C. N.). Aan eene zooge-

(1) TROPLONG, n. 711 en v. — (2) POTHIER, n. 114; TROPLONG, n. 777 en v., 781 en v.; DE PINTO, II, § 1032, 2, bl. 485; 3e uitg. § 1092, 2, bl. 600; SCHÜLLER, op art. 1853 B. W. — (3) POTHIER, n. 116; DURANTON, XVIII, n. 278; TROPLONG, n. 783 en v.; DE PINTO, t. a. p.; VERNEDE, op art. 1853 B. W. — (4) TROPLONG, n. 785; verg. n. 794.

naamde praesumtio juris et de jure toch, waartegen geen bewijs wordt toegelaten, valt hier, mijns bedunkens, niet te denken, omdat de wet hier niet, gelijk TROPLONG beweert, op grond van het vermoeden handelingen nietig verklaart, maar eenvoudig aan eene bepaalde handeling de kracht toekent om eene vroegere in te trekken (1).

795. Om aan die aanstelling van een nieuwen lasthebber de kracht eener herroeping toe te kennen, moet zij aan den eerstbenoemden kenbaar zijn gemaakt. Eene eenvoudige kenbaarmaking is voldoende, zonder dat het noodig is, dat zijn last daarbij uitdrukkelijk worde herroepen (2). Het is ook niet noodig, dat de kenbaarmaking geschiede door den lastgever zelven. Zij kan evenzeer gedaan worden door den nieuwen lasthebber, al is hem ook juist daartoe niet uitdrukkelijk last gegeven; omdat de bevoegdheid daartoe van zelve geacht kan worden in zijne lastgeving gelegen te zijn (3). De wet vordert voorts geene kenbaarmaking in bepaalden vorm, bepaaldelijk geene beteekening bij deurwaarders-akte; het is voldoende, dat aan den eerstbenoemden lasthebber de aanstelling van eenen nieuwen kenbaar wordt gemaakt.

796. Ik zou echter zwarigheid maken om aan te nemen, dat het niet noodig is, dat de eerste lasthebber van de aanstelling kennis bekomt door zijn' lastgever of den nieuwen lasthebber, en dat het voldoende is, zoo zij maar, op welke wijze dan ook, te zijner kennis komt (4). De wet toch hecht hier een bepaald gevolg aan de aanstelling van een nieuwen lasthebber, maar slechts in verband met eene kennisgeving daarvan aan den eerstbenoemden, en dus slechts nadat deze is geschied. Dat gevolg mag niet verder worden uitgebreid, en men kon misschien met regt in de omstandigheid, dat de aanstelling hem niet is kenbaar gemaakt, een bewijs zien, dat de lastgever daarmede geene herroeping heeft bedoeld. Ik zie toch geene reden om art. 1853 in dien zin met art. 1855 in verband te brengen, dat de lasthebber, om voortdurend als zoodanig werkzaam te kunnen wezen, onbewust zou moeten zijn van de aanstelling van een nieuwen lasthebber; omdat die aanstelling niet op zich zelve, maar eerst in verband met de kenbaarmaking de herroeping bewerkt, en dus de bekendheid met eene herroeping zonder zoodanige kenbaarmaking niet denkbaar is.

797. Voor het overige ligt die herroeping daarin opgesloten, zelfs dan wanneer de aanstelling geen gevolg had (5), tenzij uitdrukkelijk

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 785. — (2) DE PINTO, t. a. p., bl. 486; 3e uitg. bl. 602. — (3) DURANTON, XVIII, n. 276. — (4) Verg. POTHIER, n. 121; TROPLONG, n. 787; ZACHARIAE, II, § 416, bl. 56, n. 10. — (5) POTHIER, n. 114, 116; DURANTON, XVIII, n. 277; TROPLONG, n. 788; ZACHARIAE, II, § 416, bl. 56, n. 9; DE PINTO en SCHÜLLER, t. a. p.

van eene tegenovergestelde bedoeling des lastgevers bleek. De wet spreekt ook slechts van de aanstelling van een nieuwen lasthebber, niet van eene nieuwe lastgeving; en het is alzoo voor de herroeping in den regel niet noodig, dat de nieuwe lasthebber den last hebbe aangenomen. De wil van te herroepen wordt afgeleid uit die aanstelling, en is in het algemeen onafhankelijk van den wil des nieuwen lasthebbers, wiens weigering of verhindering, wiens vroeger overlijden zelfs niet belet, dat de lastgever zijne bedoeling kenbaar gemaakt en aldus den vroegeren last herroepen heeft. Op gelijke wijze is ook eene stilzwijgende herroeping eener uiterste wilsbeschikking, volgens art. 1043 B. W., van kracht, ofschoon de nieuwe akte buiten gevolg blijft door de onbevoegdheid van den gestelden erfgenaam of legataris, of door hunne weigering.

798. Maar de nieuwe lasthebber moet noodwendig zijn aangesteld tot het verrigten van dezelfde zaak, als die den eersten was opgedragen; de wet vordert dit uitdrukkelijk, en juist daarin ligt ook het bewijs der bedoeling van den lastgever (1). Draagt deze een nieuwen lasthebber op om eene gelijke zaak te verrigten, b. v. geeft hij last tot den aankoop van eene hoeveelheid graan, nadat hij gelijken last aan een' ander had gegeven, zoo ligt daarin geene herroeping, omdat de eene last nevens den anderen kan worden uitgevoerd. De handeling van den nieuwen lasthebber moet daarentegen geheel in de plaats van die des eersten treden en deze overbodig maken; dan eerst vervangt zij die, en kan de daad van hem, die deze vervanging bewerkt, als eene herroeping beschouwd worden.

799. De aanstelling geschiedt tot het verrigten van dezelfde zaak, wanneer beide lastgevingen dezelfde strekking hebben, hetzij als bijzondere, hetzij als algemeene. Wanneer de lastgever, na eene algemeene lastgeving, een nieuwen lasthebber aanstelt voor eene bepaalde zaak, zoo is de eerste daardoor slechts herroepen, wat datgene betreft, 'twelk aan den nieuwen lasthebber is opgedragen, en blijft zij voor het overige in stand, ook wat de zorg voor dezelfde zaak aangaat, ten aanzien van welke eene bijzondere handeling aan een' ander is opgedragen. Wanneer de eerste lastgeving eene bijzondere was, en daarna een algemeene lasthebber werd aangesteld, kan men niet, met DE PINTO en SCHÜLLER, in het algemeen de eerste daardoor herroepen achten, maar alleen voor zoo ver de tweede lastgeving de eerste in zich bevat; wat niet altijd het geval is, daar vooreerst de bijzondere last buiten den kring kan gaan van daden van beheer, waartoe de algemeene is beperkt, en ten anderen die bijzondere last eene

---

(1) TROPLONG, n. 789 en v.

bepaalde handeling kan betreffen, wier verrigting door de algemeene lastgeving niet verzekerd werd (1).

800. Art. 1853 B. W. veronderstelt, dat er een nieuwe lasthebber is aangesteld tot het verrigten van dezelfde zaak; maar hoe, wanneer aan denzelfden lasthebber eene nieuwe volmagt is gegeven (2)? Wanneer deze geheel met de eerste overeenstemt, blijft de zaak zoo als zij was, en kan er wel van bevestiging, niet van herroeping sprake zijn. Wanneer de nieuwe volmagt meer omvat, is zij voor zoo veel de oorspronkelijke lastgeving betreft, eveneens eene bevestiging, geene herroeping. Wanneer de nieuwe volmagt slechts voor een gedeelte der vroeger opgedragen taak gegeven is, moet dit als eene herroeping der eerste lastgeving beschouwd worden met opdragt eener meer beperkte magt, omdat de nieuwe volmagt anders geheel doelloos zou zijn. Wanneer hierbij dezelfde taak is opgedragen, maar onder nadere of andere bepalingen, moet mijns bedunkens hetzelfde gelden. Pothier, die erkent, dat de lasthebber zich naar de laatste voorschriften moet gedragen, acht echter de oorspronkelijke lastgeving daardoor slechts gewijzigd, niet herroepen; maar daar aan den eenen kant de latere voorschriften de bevoegdheid van den lasthebber bepalen, en deze, eenmaal den oorspronkelijken last aangenomen hebbende, daardoor niet gebonden is om ook den gewijzigden last te volbrengen, zal men, mijns bedunkens, met meer regt kunnen zeggen, dat de oorspronkelijke last, voor zoo ver hij met den lateren in strijd is, als herroepen beschouwd moet worden.

801. In het algemeen zij voorts nog aangemerkt, dat art. 1853 B. W. slechts een bepaald geval van stilzwijgende herroeping behandelt, maar daardoor niet uitsluit, dat ook op andere wijze zoodanige stilzwijgende herroeping kan plaats hebben; wanneer namelijk de lastgever eenige daad verrigt, die duidelijk aanwijst, dat hij den lasthebber de bevoegdheid niet langer wil laten behouden, die hij hem gegeven heeft (3). Gelijk lastgeving zelve aan zijde van den lastgever stilzwijgend kan geschieden, zoo kan de herroeping dit eveneens. Het doet ook niets ter zake, dat de lastgeving zelve uitdrukkelijk is geschied; alles toch komt hier aan op den wil des lastgevers. En of deze uitdrukkelijk of stilzwijgend is te kennen gegeven, dit betreft alleen de wijze, waarop van dien wil blijkt, niet dien wil zelven.

802. Wat den lasthebber betreft, zoo is, in art. 1854 *a* B. W., evenzeer als algemeene regel gesteld, dat hij zich van den last kan

---

(1) Verg. POTHIER, n. 115; DURANTON, XVIII, n. 279; TROPLONG, n. 791 en v.; DE PINTO en SCHÜLLER, t. a. p. — (2) POTHIER, n. 117; ROLLAND DE VILLARGUES, in v. *Revoc. de mandat*, n. 23 en v., aangehaald bij TROPLONG, n. 794, 2°. — (3) POTHIER, n. 118 en v.; TROPLONG, n. 777 en v.

ontslaan door opzegging aan den lastgever (1). Ook hij behoeft dus in het algemeen geene redenen op te geven om zijne opzegging te wettigen, maar kan volstaan met zijn' wil aan den lastgever kenbaar te maken om zich niet langer met den last te bemoeijen. Hij kan dus niet genoodzaakt worden den last te blijven volvoeren. En terwijl, naar den gewonen regel, zijne verbindtenis, strekkende om iets te doen, zich zou oplossen in eene vergoeding van kosten, schaden en interessen, is ook dit door de hem hier gegeven bevoegdheid in den regel opgeheven; zijne verbindtenis wordt niet in eene andere opgelost, maar hij houdt op lasthebber en als zoodanig verbonden te zijn.

803. Dit is echter niet onbepaald het geval. Indien de opzegging door hare ontijdigheid of uit eenigen anderen hoofde door de schuld van den lasthebber aan den lastgever tot nadeel verstrekt, moet hij in den regel, volgens art. 1854 *b* B. W., deswege door den lasthebber schadeloos worden gesteld. Art. 1864 *b* Wetb. van 1830 zeide, in navolging van art. 2007 *b* C. N., korter: indien — deze opzegging aan den lastgever tot nadeel verstrekt. Bij de latere herziening is dit veranderd, zonder dat de redenen hiervan zijn medegedeeld (2). De opzegging moet ook nu den lastgever tot nadeel verstrekken; deze moet daardoor een nadeel ondervinden, dat hij niet heeft kunnen afwenden, door zelf na de opzegging de zaak te volvoeren of door een' ander te doen volvoeren. Dat nadeel moet veroorzaakt zijn door de schuld van den lasthebber, hetwelk wel niets anders schijnt te beteekenen, dan dat het niet door den lastgever zelven of door toeval moet veroorzaakt zijn, maar door den lasthebber had moeten en kunnen voorgekomen worden. Meer daarin te zien, beletten ook de slotwoorden van het artikel. Dat nadeel door de schuld van den lasthebber moet voorts veroorzaakt zijn door de ontijdigheid der opzegging of uit eenigen anderen hoofde, waaronder dus alle mogelijke oorzaken kunnen begrepen zijn.

804. Wat de tijdigheid of ontijdigheid der opzegging betreft, deze is niet daarvan afhankelijk, of de zaak nog in haar geheel of niet meer in haar geheel is, maar daarvan, of zij vroeg genoeg geschiedt, dat de lastgever, hetzij in persoon, hetzij door een anderen lasthebber, voor hetgeen verder verrigt moet worden zorg kan dragen. De opzegging kan dus ontijdig zijn, al is de zaak nog in haar geheel, wanneer de lastgever niet meer vroeg genoeg voorzien kan in hetgeen te doen staat; zij kan daarentegen tijdig zijn, al is ook de zaak niet meer in haar geheel, wanneer maar de lastgever voor de voortzet-

(1) *O. N. et Mot.*, VI, bl. 304, 315; POTHIER, n. 41. — (2) VOORDUIN, V, bl. 410.

ting en verdere volvoering in tijds zorg kan dragen. Zoo wordt ook in § 11 Inst. *de mandato* niet gevorderd, dat de opzegging geschiede re integra, maar dat integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi (1).

805. De verpligting tot schadeloosstelling, in het in art. 1854 *a* B. W. bedoeld geval, bestaat, volgens diezelfde bepaling, niet, wanneer de lasthebber zich in de onmogelijkheid bevond om den last verder te volbrengen, zonder daardoor zelf eene aanmerkelijke schade te lijden. De wet vordert daartoe geene onmogelijkheid om den last verder te volvoeren, maar alleen dat de lasthebber dit niet kan zonder zelf eene aanmerkelijke schade te lijden, en dat hij dus die schade ook niet door de wijze van volvoering kan voorkomen. Men wilde niet, dat hij te zeer schade zou moeten lijden aan zijne eigene zaken (2). Men heeft hem daartoe niet alleen de zeker niet altijd evenzeer doeltreffende aanspraak gegeven, bedoeld in art. 1846 B. W., maar hem ook vrijgesteld van alle schadevergoeding wegens eene opzegging, uit dien hoofde gedaan. Doch hiertoe is dan ook de onvermijdelijkheid van eenige schade niet voldoende; de wet spreekt van eene aanmerkelijke schade. De beoordeeling hiervan is aan den regter gebleven, die daarbij vooral ook op den stand en de fortuin der partijen zal behooren te letten.

806. TROPLONG merkt aan, dat, hoe geldige redenen de lasthebber ook mag hebben om den last op te zeggen, hij altijd daarvan aan den lastgever berigt moet geven (3). Mijns bedunkens bestaat in die berigtgeving juist de opzegging, en kan zonder gene van deze geen sprake zijn, en dus ook niet van eenige toepassing van art. 1854 B. W., 'twelk dan ook spreekt van opzegging aan den lastgever. Minder juist schijnt het mij daarom ook, wanneer TROPLONG ter gelegenheid daarvan spreekt van gevallen, waarin de lasthebber den lastgever geen berigt kan geven, en aanmerkt, dat hij tot het onmogelijke niet verpligt kan zijn (4). Mijns bedunkens kan er in geen geval opzegging bestaan zonder berigt aan den lastgever. Is dit den lasthebber onmogelijk, zoo is de opzegging zelve onmogelijk; hij blijft dus lasthebber. Dat hij in de bedoelde gevallen desniettemin niet aansprakelijk is wegens het niet-volvoeren van den last, is geen gevolg eener niet bestaande opzegging, maar slechts van de onmogelijkheid, waarin hij verkeerde, om den last te volbrengen.

807. Art. 1854 *b* B. W. noemt slechts één geval, waarin de lasthebber niet aansprakelijk is voor nadeelen, door zijne schuld door ontijdige opzegging aan den lastgever veroorzaakt, en verpligt hem

---

(1) Verg. POTHIER, n. 44; TROPLONG, n. 796 en v. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 305; DURANTON, XVIII, n. 281. — (3) TROPLONG, n. 807. — (4) TROPLONG, n. 808.

buiten dat ééne geval tot schadeloosstelling deswege. Ik geloof dan ook, dat men daarop geene andere uitzonderingen mag toelaten, die de wet niet heeft erkend. Zoo zal de lasthebber zich, mijns bedunkens, te vergeefs beroepen op eene hevige vijandschap tusschen hem en den lastgever ontstaan (1). Zoodanige vijandschap moge voor hem eene aanleiding zijn om zich door opzegging van den last te ontslaan, zijne verpligting als lasthebber wordt daardoor niet opgeheven; de wet laat de lastgeving daardoor niet eindigen, en nu kan men daaraan geen gevolg toekennen, dat de wet er niet aan hecht, bepaaldelijk niet om eene uitzondering te maken op een door de wet gestelden regel. Hetzelfde geldt van andere redenen van opzegging (2), waartoe overigens de lasthebber ook zonder zoodanige redenen bevoegd is; geene van haar ontslaat hem van de verpligting tot schadeloosstelling, zoo als die hem in art. 1854 *b* is opgelegd, behalve alleen die eene, welke de wetgever aldaar in het slot bij name als uitzondering heeft erkend.

§ 12.

Gevolgen van het eindigen der lastgeving.

808. Met het eindigen der lastgeving, waardoor ook veroorzaakt, houden wel niet alle verpligtingen tusschen den lastgever en den lasthebber op, die wederkeering ter zake der lastgeving elkanders schuldeischer en schuldenaar kunnen geworden zijn, maar er blijven slechts verpligtingen over, gesproten uit eene vroegere lastgeving; zelve houdt deze op, en daarmede in het algemeen alle verpligting tot handelen en alle bevoegdheid tevens aan zijde van den lasthebber. Zoo houden ook de verpligtingen niet op, tusschen den lastgever en derden door tusschenkomst van den lasthebber aangegaan, maar de lastgever wordt in den regel niet verbonden door hetgeen later door den lasthebber, al is het ook in zijnen naam, is verrigt. Hetgeen hier in het algemeen gezegd is, geldt echter slechts als regel, waarop in het belang der partijen eenige uitzonderingen en beperkingen zijn vastgesteld.

809. Wat vooreerst de verpligtingen van den lasthebber betreft, zoo is in art. 1837 *b* B. W. den lasthebber nog eene verpligting opgelegd na den dood des lastgevers, en moeten, volgens art. 1856 B. W., wanneer de lasthebber overlijdt en dus de lastgeving door zijnen dood eindigt, zijne erfgenamen daarvan aan den lastgever ken-

---

(1) Zie echter POTHIER, n. 40; DURANTON, XVIII, n. 281; TROPLONG, n. 803. — (2) TROPLONG, n. 800 en v.

nis geven, en inmiddels (1), d. i. zoolang deze zelf daarin niet kan voorzien, zorg dragen voor hetgeen de omstandigheden in zijn belang vereischen. Deze verpligtingen zijn een uitvloeisel der geëindigde lastgeving, maar beletten niet, dat die lastgeving werkelijk geëindigd is; wilde men dit niet aannemen, zoo zouden de verpligtingen der erfgenamen niet tot het noodzakelijke bepaald zijn, maar de lastgeving voortduren, ook nadat de lastgever zelf voor zijn belang kan waken, want dit laatste is nergens als eene oorzaak vermeld, die de lastgeving doet ophouden. Maar hetgeen de erfgenamen ter voldoening aan de hun hier opgelegde verpligting verrigten, is dan ook door die verpligting als uitvloeisel eener geëindigde lastgeving genoeg gewettigd, en behoeft juist niet als eene negotiorum gestio beschouwd te worden (2).

810. Behalve de kennisgeving, die noodig is om den lastgever gelegenheid te geven om voor zijne belangen te waken, kan het ook zijn dat de erfgenamen moeten handelen. TROPLONG onderscheidt hier, of de zaken nog in haar geheel waren of niet (3). Die onderscheiding is zeker in zoo ver niet geheel verwerpelijk, dat in het laatste geval de erfgenamen tot meer werkzaamheid verpligt kunnen zijn dan in het eerste, omdat de omstandigheden dan ligt meer zorg van hen zullen eischen. Maar de bewering, dat in het eerste geval de verpligting der erfgenamen zich tot de kennisgeving bepaalt en zij zich voorts moeten onthouden van iets te ondernemen, acht ik ongegrond en in strijd met de wet, die, zelve niet onderscheidende, ook zoodanige onderscheiding niet toelaat. Dat de erfgenamen zorg dragen voor hetgeen de omstandigheden in het belang van den lastgever vorderen, kan, ofschoon dan ook gewoonlijk in mindere mate, even goed noodzakelijk zijn, wanneer de zaak bij het overlijden van den lasthebber nog in haar geheel was, als wanneer zij dit niet was, tot welk laatste geval TROPLONG het zonder grond beperkt. En in geen geval kunnen de erfgenamen uit kracht der geëindigde lastgeving verder gaan, dan de omstandigheden inmiddels vereischen. Zij zijn niet in het algemeen bevoegd om voort te varen met datgene, waarmede de lasthebber begonnen was, maar moeten alleen zorgen, dat, nu de overleden lasthebber in de volvoering van den last verhinderd is, en de lastgever zelf nog niet voor zijn belang kan waken, hierdoor zoo weinig mogelijk nadeel ontsta (4).

811. Art. 2010 C. N. bepaalt zich tot de vermelding van de verpligting der erfgenamen; onze wetgever heeft er in art. 1856 B. W.

(1) En attendant, zegt art. 2010 C. N., hetwelk in de officiële vertaling ook door „inmiddels" is vertolkt. — (2) Verg. TROPLONG, n. 830. — (3) TROPLONG, n. 831 en v. — (4) MALLEVILLE, IV, bl. 105; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 289.

de bedreiging bijgevoegd van vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn (1). Zoodanige aansprakelijkheid lag trouwens ook reeds in de verpligting opgesloten. De laatste woorden laten overigens genoegzame ruimte om de omstandigheden in billijkheid in aanmerking te nemen.

812. Maar onze wetgever heeft tevens die aansprakelijkheid uitdrukkelijk beperkt tot het geval, dat de lastgeving den erfgenamen bekend is. De C. N. zweeg ook hiervan; hetzelfde werd echter, als in den aard der zaak gelegen, aangenomen (2). Die bekendheid is de voorwaarde zoowel van de eene als van de andere verpligting, den erfgenamen hier opgelegd. Zij kan ligt ontbreken en haar bestaan is noodig om de erfgenamen te kunnen veroordeelen tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Om die reden acht ik het dan ook zeker, dat, overeenkomstig art. 1902 B. W., de lastgever die bekendheid zal moeten bewijzen, als den grond van zijn eisch, maar dat men in den regel de erfgenamen niet kan belasten met het bewijs hunner onwetendheid; iets, wat naar den C. N. als meer twijfelachtig beschouwd kon worden.

813. Voor het overige wordt in het algemeen van erfgenamen gesproken; en wanneer nu DURANTON en TROPLONG de bepaling tot meerderjarige erfgenamen meenen te moeten beperken, en laatstgenoemde ook eene uitzondering maakt ten aanzien der vrouw (3), geloof ik, dat zij eene onderscheiding maken, die de wet niet kent, en die daarom ook niet aannemelijk is. De onbekwaamheid van minderjarigen om voor hunne belangen te waken en zich te verbinden, en de onervarenheid der vrouwen beletten in het algemeen niet, dat verpligtingen op hen overgaan; en tegenover de bepaling, die in het algemeen aan de erfgenamen van den lasthebber zekere verpligtingen oplegt, zou dus ook eene wetsbepaling noodig zijn om eene uitzondering te wettigen, die bovendien nog verzwakt wordt door art. 1483 *a* B. W. Ook minderjarigen zijn dus aansprakelijk, wanneer hun voogd, die hen vertegenwoordigt, niet aan de verpligting heeft voldaan, behoudens hun verhaal op dien voogd. Dit geldt intusschen alleen, wanneer zij een voogd hebben en deze, hun vertegenwoordiger, met de lastgeving bekend was.

814. Art. 1856 B. W. spreekt alleen van het geval, dat de lasthebber overlijdt, ofschoon ook in andere gevallen het belang van den lastgever hetzelfde kan vorderen, bepaaldelijk wanneer de lastgeving eindigt door de curatele of den staat van faillissement of van kennelijk onvermogen van den lasthebber, of het huwelijk der vrouw, aan

---

(1) ASSER, § 855, 2°. — „Indien daartoe gronden *aanwezig* zijn", zeide art. 1866 Wetb. v. 1830; zie VOORDUIN, V, bl. 410. — (2) TROPLONG, n. 837 en v. — (3) DURANTON, XVIII, n. 293; TROPLONG, n. 835.

wie de last was opgedragen. En echter is noch aan den curator, noch aan den man de verpligting opgelegd, hetzij om te doen wat dringend noodig is, hetzij om kennis te geven van die oorzaken van het eindigen der lastgeving, die anders den lastgever ook ligt onbekend kunnen blijven. Het komt mij voor, dat men daarom ook te hunnen aanzien zoodanige verpligting niet kan aannemen, althans geene aansprakelijkheid wegens verzuim; omdat, hetgeen art. 1856 B. W., met afwijking van gewone regtsbeginselen heeft bepaald, wel niet voor uitbreiding vatbaar geacht mag worden.

815. Ook de bevoegdheid van den lasthebber houdt in het algemeen met het eindigen der lastgeving op, behalve ten aanzien van datgene, waartoe hij volgens art. 1837 *b* B. W. nog verpligt blijft. Daarom kan de lastgever, wanneer hij den last herroept, volgens art. 1851 B. W. den lasthebber noodzaken, hem de volmagt, welke hij in handen heeft, terug te geven. De lasthebber wordt daardoor belet bij derden van die volmagt misbruik te maken (1).

816. De lastgever kan den lasthebber daartoe noodzaken, indien daartoe gronden bestaan, zegt de wet. TROPLONG leert, dat de lasthebber de teruggave niet mag weigeren, en de lastgever hem daartoe in alle gevallen in regten kan noodzaken (2); hij schijnt dus aan die bijgevoegde woorden alle kracht te ontzeggen. Ook OPZOOMER beweert, dat er geen grond kan bestaan, die den lasthebber het regt zou geven om na de herroeping van den last de volmagt, die hij onder zich heeft, te behouden; dat de regter niet op bijzondere omstandigheden moet letten, en uit aanmerking daarvan beslissen, nu eens dat de lasthebber de volmagt zal teruggeven, dan weder dat hij er niet toe verpligt is. Volgens hem moet de vraag niet op een juridisch terrein gebragt worden, maar beteekenen de woorden alleen, óf dat de lasthebber tot de teruggave der volmagt kan gedwongen worden, als hij er eene bezit, óf dat hij er toe kan worden gedwongen, als hij er niet vrijwillig toe overgaat (3). Met de laatste beteekenis zouden die woorden tamelijk doelloos zijn; met de eerste zouden zij hetzelfde te kennen geven, wat ook reeds ligt in de woorden, „welke hij in handen heeft", die het geval, dat de lasthebber geene volmagt bezit, voldoende uitsluiten, wanneer zoodanige uitsluiting ook al noodig geacht kon worden. Die verklaring van de woorden der wet is dus niet bevredigend; integendeel laten deze wel degelijk eene zekere ruimte aan den regter, en beperken zij het regt van den lastgever. Er kunnen dan ook zeer wel gronden aanwezig

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 304; TROPLONG, n. 766; OPZOOMER, III, bl. 232. — (2) TROPLONG, n. 767. — (3) OPZOOMER, III, bl. 232; verg. II, bl. 251 en v.

zijn om den lasthebber van de teruggave vrij te stellen. Men denke aan het geval, dat de volmagt gegeven was in een' brief, of ander geschrift, bij welks behoud de lasthebber om den verderen inhoud belang heeft; dat zij gehecht was aan eene notariële akte, waarbij de lasthebber in deze hoedanigheid partij is geweest; dat zij aan een' derde, met wien de lasthebber als zoodanig gehandeld heeft, ten bewijze zijner bevoegdheid is ter hand gesteld; dat zij is verloren gegaan, enz. (1). Op gelijke wijze zal de lasthebber ook, volgens de algemeene bepaling van art. 1849 B. W., de teruggave der volmagt kunnen weigeren, zoolang hem niet alles betaald is, wat hij ten gevolge der lastgeving te vorderen heeft. Art. 1851 B. W. toch verpligt hem slechts in het algemeen tot teruggave, maar doet daarmede aan art. 1849 niet te kort, even weinig als art. 1839 dit doet.

817. De wet heeft voorts gezorgd, dat de lasthebber geen schade lijde, door, onbewust van het eindigen der lastgeving, nog als zoodanig te handelen. „Indien de lasthebber onbewust is van den dood des lastgevers, of van het bestaan van eenige andere oorzaak, die den last doet eindigen, is hetgeen hij in die onwetendheid verrigt heeft, van waarde"; art. 1855 *a* B. W. De bepaling is algemeen, zoodat de afzonderlijke vermelding van den dood des lastgevers geene bijzondere kracht of bedoeling heeft. Zij is voorts, gelijk het in § 10 Inst. *de mandato* heet, utilitatis causa vastgesteld. En inderdaad zou het moeijelijk zijn een' lasthebber te vinden, zoo die ligt het slagtoffer zijner onwetendheid kon worden; en vorderde daarentegen de billijkheid, dat, hetgeen de lasthebber te goeder trouw, hoezeer na het einde der lastgeving, toch overeenkomstig deze en van haar eindigen onbewust verrigt heeft, ook worde erkend, al zou dit ook naar het strenge regt niet geldig zijn. De bepaling van art. 1846 B. W. zou voorts ook niet in alle opzigten werken, zoo de lasthebber daardoor schade lijden kon (2).

818. De bepaling van art. 1855 *a* B. W. is dan ook in zoo ver algemeen, dat zij niet slechts geldt tegenover den lastgever zelven, maar ook tegen zijne erfgenamen, zelfs wanneer deze minderjarig zijn (3). Maar het is noodig, dat de lasthebber, onbewust van het eindigen der lastgeving, in die onwetendheid heeft gehandeld; hij kan zich daarop niet beroepen, wanneer hij wist, hoe het met de zaak gesteld was. Op welke wijze hij dit wist, is geheel en al onverschillig (4).

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 273, n. 1. Verg. ook TROPLONG, n. 768, en MASERAT *sur* DEMANTE, n. 726 en 755, aangehaald bij TROPLONG, n. 768, 2°. — (2) POTHIER, n. 106; TROPLONG, n. 710, 724, 754, 809 en v. — (3) TROPLONG, n. 814. — (4) TROPLONG, n. 815 en v.

819. Ook voor derden is gezorgd in art. 1855 *b* B. W., door de bepaling, dat de verbindtenissen, door den lasthebber aangegaan, nagekomen moeten worden ten aanzien van derden, die in de goede trouw zijn, en die dus, onbewust van het eindigen der lastgeving, meenden, dat de lasthebber nog lasthebber was. Zoodra er kwade trouw bij den derde bestond, komt geene handhaving van hem te pas; anders was het billijk, dat de lastgever aansprakelijk bleef voor den lasthebber, door hem gekozen (5).

820. Art. 1855 *b* B. W. begint met de woorden: „in dat geval", die, naar het mij voorkomt, aanleiding geven tot eene geheel valsche opvatting. Die bepaling maakt in den C. N. een afzonderlijk artikel uit, art. 2009, beginnende met de woorden: „dans les cas ci-dessus." Het blijkt volstrekt niet, waarom art. 2008 en 2009 C. N. bij ons tot één artikel vereenigd zijn. Misschien is de gissing niet al te gewaagd, dat onze wetgever les cas ci-dessus in verband heeft gebragt met de onbewustheid des lasthebbers van den dood des lastgevers of het bestaan van eenige andere oorzaak enz.; dat hij dus art. 2008 en 2009 in zoo ver als bij elkander behoorende heeft beschouwd, dat voor hetzelfde geval het een de gevolgen regelde ten aanzien van den lasthebber, het ander die ten aanzien van derden; en dat hij, bedenkende, dat art. 1855 *a* inderdaad slechts één geval, algemeen gesteld, behandelt, daarom in den aanhef van art. 1855 *b* in het enkelvoud heeft gesproken. Wanneer intusschen die gissing juist is, dan is hier zeker de verandering geene verbetering geweest. Art. 2009 C. N. toch ziet niet alleen op het geval, dat ook de lasthebber onbewust was van het eindigen der lastgeving, maar op alle gevallen ci-dessus, in de voorafgaande artikelen behandeld, waarin dus de lastgeving, uit welken hoofde ook, geëindigd is, maar derden, daarvan onbewust, te goeder trouw nog met den lasthebber hebben gehandeld. Onze bepaling daarentegen schijnt alleen te zien op het geval, dat ook de lasthebber daarvan onbewust was. Maar dan was art. 1855 *b* eigenlijk geheel overbodig, want het eerste lid bepaalde reeds, dat hetgeen de lasthebber in die onwetendheid heeft verrigt, van waarde is. De wet maakt hier geen onderscheid tusschen den lasthebber zelven en derden, en *van waarde* zouden de verbindtenissen ook niet kunnen zijn, zonder het te wezen tegenover derden. De inhoud der bepaling belet dus de opvatting, waartoe de woorden aanleiding geven; en er schijnt niets anders over te blijven, dan de woorden „in dit geval" aldus uit het eerste lid aan te vullen, alsof er stond: indien

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 316. Verg. *Conf. du C. C.*, VI, bl. 283 en 284; TROPLONG, n. 726, 818 en v., 827 en v.

door den dood des lastgevers of door eenige andere oorzaak de last is geëindigd.

821. In het bijzonder is nog in art. 1852 B. W. bepaald, dat de herroeping, alleen den lasthebber kenbaar gemaakt zijnde, aan derden, die, daarvan onkundig, met hem gehandeld hebben, niet kan worden tegengeworpen (1). Anders is het, waar de derden niet onkundig waren van de herroeping, en het is daarbij geheel onverschillig, op welke wijze zij daarvan kennis hebben bekomen (2).

822. DURANTON acht de bepaling van art. 1852 B. W., overeenkomende met art. 2005 C. N., in sommige gevallen niet toepasselijk wanneer de lastgever, overeenkomstig de hem in art. 1851 gegeven bevoegdheid, den lasthebber tot teruggave der volmagt heeft genoodzaakt. TROPLONG leert, dat het terugnemen der volmagt niet altoos voldoende is om derden tegen dwaling te behoeden (3). Mijns bedunkens moet art. 1852 zijne toepassing vinden, hetzij de lastgever al of niet zich de volmagt heeft doen teruggeven. Art. 1851 geeft hem daartoe wel de bevoegdheid, maar de herroeping zelve is daarvan niet afhankelijk, en doet in het algemeen de lastgeving eindigen, hetzij de volmagt teruggegeven is of niet. De bepaling van art. 1852 is evenzeer algemeen, en niet van die teruggave afhankelijk gesteld. Geen enkel woord wijst op eenig verband tusschen die bepaling en deze teruggave. Derden, die een' lasthebber als zoodanig kennen, hebben dan ook geene reden om eene herroeping te verwachten, en zich vooraf te overtuigen, dat zij niet heeft plaats gehad; wat zij trouwens niet eens met zekerheid zouden kunnen afleiden uit de omstandigheid, dat de lasthebber al of niet in het bezit eener volmagt is of gebleven is. Ik zie daarom geene reden om den waarborg, door de wet aan derden in het algemeen gegeven, willekeurig te beperken.

823. De geldigheid der verbindtenissen tegenover derden belet niet, dat de lasthebber, na zijne herroeping handelende, onregtmatig gehandeld heeft. Hij is dus jegens den lastgever aansprakelijk tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, gelijk art. 1852 dan ook uitdrukkelijk den lastgever verhaal geeft op den lasthebber (4).

824. Wanneer na het eindigen der lastgeving de nakoming eener verbindtenis van den lastgever gevorderd wordt, kan er geschil ontstaan over den tijd, waarop die verbindtenis is aangegaan, vóór- of nadat de lastgeving geëindigd is. In zoodanig geval is, wanneer men zich tegen hem beroept op eene onderhandsche akte, mijns bedun-

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 290, 304; MALLEVILLE, IV, bl. 104; DURANTON, XVIII, n. 274; TROPLONG, n. 770 en v. — (2) TROPLONG, n. 773 en v. — (3) DURANTON, XVIII, n. 275; TROPLONG, n. 771. — (4) TROPLONG, n. 775.

kens art. 1917 B. W. van toepassing. Hiertegen is aangevoerd, dat een lastgever niet gezegd zou kunnen worden een derde te zijn met betrekking tot een' lasthebber, die van hem zijne magt ontleent en voor hem handelt (1). Dit moge waar zijn, voor zoo ver de lastgeving zelve buiten tegenspraak is; maar zoodra dit het geval niet is, zoodra de lastgever het bestaan der lastgeving ontkent, is de lasthebber bij den strijd daarover niet als zijn vertegenwoordiger te beschouwen, is hij niet meer één met den lasthebber, maar staat hij tegenover dezen en den derde, en is dus wel degelijk een geheel ander persoon, die als zoodanig evenveel regt op eene zekere dagteekening heeft als ieder ander.

(1) TROPLONG, n. 763; ZACHARIAE, II, § 416, bl. 57, n. 5.

ACHTTIENDE TITEL.

Van borgtogt.

AFDEELING I.

Van den aard des borgtogts.



§ 1.

Begrip van borgtogt.

825. Wij zijn genaderd tot de beschouwing van den borgtogt, eene overeenkomst, die wel is waar geene zelfstandige, maar slechts eene bijkomende verbindtenis doet geboren worden, welke niet dan nevens eene andere verbindtenis kan bestaan, doch die desniettemin van geen gering belang is, om het veelvuldig gebruik, dat van haar wordt gemaakt, en het nut, dat zij oplevert voor het maatschappelijk verkeer. De waarborg, dien zij geeft, zet het noodige vertrouwen bij aan hem, met wien men anders niet zou durven handelen, omdat men zich niet verzekerd houdt van de nakoming der overeenkomst; andere overeenkomsten hebben dus niet zelden haren bijstand noodig, en worden voor menigeen slechts door haar mogelijk of althans gemakkelijk gemaakt. De zekerheid, die zij oplevert, brengt kapitalen onder het bereik van den ondernemer en bevordert daardoor de nijverheid en den welstand van velen (1). Zij is wel uit den aard der zaak eene bron van gevaar en niet zelden oorzaak van verliezen voor hem, die, zich borg stellende voor een' ander, de schuld betalen moet, welke door dezen onbetaald wordt gelaten; maar dit moge

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 317, 328; TROPLONG, *Du cautionnement*, n. 25.

eene reden van behoedzaamheid zijn, en de wetgever moge hem daarom teregt in bescherming nemen, — het neemt niet weg, dat de borgtogt eene zeer geoorloofde, op welwillendheid gegronde en voor het maatschappelijk verkeer noodzakelijke overeenkomst is (1).

826. Pothier behandelt den borgtogt in een hoofdstuk van zijn *Traité des obligations*, en wel van het tweede gedeelte, handelende „des differentes espèces d'obligations." In den C. N., en zoo ook in ons B. W., is daaraan een afzonderlijke titel gewijd. En in welk verband hij ook moge staan tot andere verbindtenissen, hij is desniettemin eene overeenkomst op zich zelve en heeft als zoodanig, even als iedere andere onder eene eigene benaming bekende overeenkomst, op eene afzonderlijke behandeling aanspraak (2). Wat de plaats betreft, die hij in het Wetboek inneemt, ik geloof die niet te moeten toeschrijven aan het verband, dat er zou bestaan tusschen lastgeving en borgtogt (3), maar veelmeer daaraan, dat na de behandeling der hoofd-overeenkomsten de borgtogt, als bijkomende overeenkomst, als van zelf zijne plaats moest vinden achter in het derde boek (4).

827. Borgtogt is, volgens art. 1857 B. W., eene overeenkomst, waarbij een derde zich, ten behoeve van den schuldeischer, verbindt om aan de verbindtenis van den schuldenaar te voldoen, indien deze niet zelf daaraan voldoet. Eenigzins vollediger kan men zeggen, dat borgtogt is eene bijkomende, terstond door de overeenstemming verbindende, overeenkomst, waarbij de eene partij zich jegens de andere verbindt om voor haren schuldenaar geheel of ten deele aan eene verbindtenis te voldoen, indien deze niet zelf daaraan voldoet (5).

828. Art. 1857 B. W. geeft eene bepaling van borgtogt, en wijkt daarin af van art. 2011 C. N., hetwelk enkel opgeeft, waartoe hij, die zich voor eene verbindtenis borg stelt, zich verbindt. Hoe hoog deze bepaling ook geprezen werd door den tribun LAHARY (6), toch zal de afwijking daarvan als eene verbetering beschouwd moeten worden. Art. 2011 C. N. geeft eigenlijk geene bepaling van borgtogt; en men zou kunnen betwijfelen, of de uitdrukking der verpligting van den borg daar wel op hare regte plaats was, en of zij niet liever aan het hoofd had moeten staan van het tweede hoofdstuk: „de l'effet du cautionnement." Ons art. 1857 daarentegen behelst werkelijk eene bepaling, en ten aanzien van borgtogt is dus hetzelfde geschied als ten aanzien van andere overeenkomsten, waarvan ook eene bepaling den daartoe betrekkelijken titel opent. Ook ten aanzien van

(1) TROPLONG, n. 26. — (2) TROPLONG, n. 13. — (3) Zie DURANTON, XVIII, n. 294. Verg. TROPLONG, t. a. p. — (4) Verg. NIENHUIS, *Voorl.*, I, § 11, bl. 89; V. HALL, *Handl.*, § 25, 7, bl. 55. — (5) Verg. de bepalingen bij V. ASSEN, § 398, bl. 437; POTHIER, n. 365; TROPLONG, n. 1; ZACHARIAE, II, § 423, bl. 63. — (6) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 360 en v.

borgtogt is nu uitdrukkelijk gezegd, dat hij eene overeenkomst is, en daardoor tevens beslist, dat alle regelen betrekkelijk de overeenkomsten in het algemeen ook op borgtogt toepasselijk zijn (1).

*829. De partijen, waarvan wij in onze bepaling spraken, zijn de schuldeischer en hij, die zich als borg verbindt. De overeenkomst tusschen dezen kan nader gebragt worden tot den rang der eenzijdige of unilaterale, omdat zij alleen verpligtingen voor den borg, niet ook voor den schuldeischer doet geboren worden; behalve voor zoo ver men zoodanige verpligting mogt willen zien in de bepaling van art. 1885 B. W. De schuldenaar is daarbij in den regel geen partij; de verbindtenis, die er tusschen hem en den borg ontstaat, is een gevolg, hetzij van eenige tusschen hen aangegane overeenkomst, hetzij van de betaling, die deze voor genen doet, maar niet van de overeenkomst, waarbij de borg zich als zoodanig jegens den schuldeischer verbindt (2).

830. Ten aanzien der bekwaamheid gelden de gewone, voor overeenkomsten in het algemeen gemaakte, bepalingen. Om geldig borg te worden, moet men bekwaam zijn om zich te verbinden, en allen, die hiertoe bekwaam zijn, kunnen dit ook door borgtogt doen. Wel schrijft art. 1864 B. W. nog andere vereischten voor, maar alleen om te bepalen, met hoedanige borgen een schuldenaar, die verpligt is borg te stellen, kan volstaan, en hoedanigen borg de schuldeischer van hem kan vorderen; de bevoegdheid, om borg te zijn, wordt daardoor niet beperkt. Ook elders vindt men daarvoor geene beperking. Wel mogen, volgens art. 65 *b* W. v. K., makelaars zich niet tot borg stellen voor de handelingen, door hunne tusschenkomst gesloten, maar zij zijn daarom juist niet onbekwaam hiertoe; hun borgtogt zelf is daardoor niet krachteloos, even weinig als de andere handelingen zulks zijn, welke zij in strijd met die bepaling verrigten; zij stellen zich daardoor slechts bloot aan de gevolgen, waarvan art. 71 W. v. K. spreekt. Bepaaldelijk bestaat niet meer de onbevoegdheid der vrouw, bij het Senatusconsultum Vellejanum vastgesteld en uit het Romeinsche in ons vroeger regt overgenomen (3); die men voor het overige, hetzij dan teregt, hetzij ten onregte, als een voorregt der vrouw beschouwde, waarvan door deze afstand kon worden gedaan, en zoo zeer werd gedaan, dat de verklaring van dien afstand meer en meer eene vaste clausule werd in alle akten, waarin zij te pas kon komen. Ook hierom was de afschaffing wenschelijk

---

(1) ASSER, § 859. — (2) Verg. TROPLONG, n. 18, 19, 128; ZACHARIAE, II, § 423, 1°, bl. 63. – (3) D. *ad Sen. Vellej.*, XVI, 1, Cod. eod. IV, 29. Verg. TROPLONG, n. 176 en v.; DE GROOT, III, 3; V. LEEUWEN, *R.-H.-Regt*, IV, 4, § 2.

eener onbevoegdheid (1), waarvoor trouwens hier ook niet meer grond aanwezig was dan ten aanzien van andere overeenkomsten (2).

831. Wat den vorm betreft, staat borgtogt ook met andere overeenkomsten gelijk, daar hij aan geene bijzondere formaliteit onderworpen is. Het komt er slechts op aan, dat van zijn bestaan blijke. Voor zoo ver daarvan een schriftelijk blijk wordt opgemaakt, is eene onderhandsche akte even goed als eene authentieke, en in geen geval kan de schuldeischer deze laatste bepaaldelijk vorderen (3), tenzij het bij de overeenkomst bedongen zij. Maar een schriftelijk blijk is ook geen vereischte; borgtogt kan evenzeer mondeling tot stand komen; aan het vereischte van art. 1861 B. W., dat zij uitdrukkelijk moet worden aangegaan, wordt daardoor evenzeer voldaan. Omtrent het bewijs door getuigen en andere middelen gelden hier ook de algemeene regelen (4).

832. De bepaling van art. 1861 B. W., dat borgtogt niet wordt verondersteld, maar uitdrukkelijk moet worden aangegaan, schijnt op zich zelve niet veel te beteekenen, daar zij met andere woorden zegt, dat slechts als borgtogt beschouwd moet worden, wat werkelijk borgtogt is, en deze overeenkomst ook hierin met andere geheel gelijk staat. Zij bevat echter eene waarschuwing, die ten aanzien van borgtogt meer dan van andere overeenkomsten als niet geheel overbodig beschouwd kan worden, omdat men wel eens iemand als borg zou kunnen willen beschouwen, die er nooit aan dacht om zich als zoodanig te verbinden. Dit is b. v. het geval, wanneer ik voor een' ander geld ter leen vraag, of verzoek, dat men hem waren zal leveren of andere goederen verkoopen; wanneer ik aan iemand, die zijn geld wil beleggen, die iets wil verkoopen, enz., een bepaalden persoon aanbeveel, en hem aanraad met dezen als een vertrouwd en genoegzaam vermogend persoon te handelen. In deze en soortgelijke gevallen is het gevolg, dat aan mijn verzoek, mijne aanbeveling of mijnen raad gegeven is, voor rekening van hem, die dat gevolg daaraan gaf; maar hoezeer hij daartoe in mijne handelingen aanleiding heeft gevonden, en daardoor misschien er toe is gebragt, ligt hierin echter voor mij geene bron van verbindtenis, omdat ik mij tot niets heb verbonden. Hetzelfde geldt van den man, die enkel zijne vrouw bij eenige handeling bijstaat. Men zou evenwel genegen kunnen zijn, zoodanige verbindtenis uit die handelingen af te leiden; maar dit heeft de wetgever willen beletten, en vandaar de bepaling, dat borgtogt

---

(1) In het grootste gedeelte van Frankrijk was zij reeds afgeschaft onder HENDRIK IV. Zie POTHIER, n. 388; MALLEVILLE, IV, bl. 127; TROPLONG, n. 182. — (2) TROPLONG, n. 184—186. — (3) Anders POTHIER, n. 402. — (4) POTHIER, n. 400; DURANTON, XVIII, n. 298; TROPLONG, n. 186.

niet wordt verondersteld, niet wordt geacht te bestaan, waar zijn bestaan niet ondubbelzinnig blijkt, maar dat hij uitdrukkelijk moet worden aangegaan (1).

833. Even als bij andere overeenkomsten moet dus ook hier blijken van de overeenstemming der partijen, waarvan de eene zich jegens de andere als borg verbindt, en deze gene als borg aanneemt. Eene belofte van borg te zullen worden kan ook niet als eene werkelijke borgstelling beschouwd worden; de schuldeischer zou slechts op grond daarvan borgtogt kunnen vorderen, wanneer zij was aangenomen en inmiddels de omstandigheden niet geheel veranderd zijn (2).

834. Wij noemden borgtogt eene bijkomende overeenkomst. Tot haar bestaan wordt namelijk wel niet juist eene andere overeenkomst, maar toch eene andere verbindtenis vereischt, daar de borg zich verbindt om aan de verbindtenis van den schuldenaar te voldoen, indien deze niet zelf daaraan voldoet. De verbindtenis van dien schuldenaar gaat alzoo door den borgtogt geenszins te niet; zij strekt zich nu over den borg uit, die tot haar is toegetreden. Die verbindtenis blijf en de schuldenaar blijft; de betrekking zelfs tusschen dezen, die met opzigt tot den schuldeischer de hoofdschuldenaar pleegt genoemd te worden, en den schuldeischer blijft geheel dezelfde. Er is dus bij borgtogt geen sprake van novatie of schuldvernieuwing, van overzetting of indeplaats-stelling; gene sluit deze en deze genen bepaaldelijk uit (3).

835. Art. 1858 *a* B. W. zegt dan ook, dat geen borgtogt kan bestaan, of er moet eene wettige hoofdverbindtenis zijn. Wij zullen op deze bepaling, welke een natuurlijk uitvloeisel is van die van het vorig artikel (4), nader terugkomen. Wij merken hier slechts aan, dat, terwijl natuurlijk bij eene reeds te niet gegane hoofdverbindtenis geen borgtogt denkbaar is, evenwel de hoofdverbindtenis niet noodwendig vóór den borgtogt, d. i. vóór de overeenkomst, waarbij de borg zich verbindt, behoeft te bestaan (5). Niet zelden gaat deze werkelijk aan gene vooraf, die door haar bevorderd en welligt mogelijk gemaakt wordt; en er was voor den wetgever geene reden om zulks door eene wetsbepaling te verhinderen. Schijnbaar

---

(1) POTHIER, n. 401; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 331; DURANTON, XVIII, n. 318 en v.; TROPLONG, n. 133 en v.; ZACHARIAE, II, § 424, bl. 64 en n. 1; DE PINTO, II, § 1039, bl. 488; 3e uitg. § 1099, bl. 605 en v.; verg. 's Gravenhage 14 Jan. 1848, *W.* 883; Z.-Holland 24 Jan. 1849, *W.* 996. Zie ook nog Leiden 2 Sept. 1851, *W.* 1275. — (2) Verg. TROPLONG, n. 42. — (3) POTHIER, n. 367; DURANTON, XVIII, n. 295; TROPLONG, n. 22. — (4) DE PINTO, II, § 1036, bl. 487; 3e uitg. § 1096, bl. 603; POTHIER, n. 366. — (5) Verg. § 3 Inst. *de fidejussoribus* (III, 20); l. 6, § 2, D. *de fidejussoribus et mand.* (XLVI, 1); V. ASSEN, § 398, bl. 437; mr. D. M. LEVYSOHN, in *Themis*, IV, bl. 123 en v., vooral bl. 128; POTHIER, n. 399; DURANTON, XVIII, n. 297.

heeft echter voorzeker onze wetgever dit gedaan, door te zeggen, dat geen borgtogt, — en hierbij moet toch volgens het voorgaand artikel aan de overeenkomst van den borg met den schuldeischer gedacht worden, — bestaan kan en dus bestaanbaar is, zoo er geene wettige hoofdverbindtenis is, die in het door ons bedoeld geval inderdaad nog niet bestaat. Wanneer wij intusschen bedenken, dat onze wetgever, gelijk wij dit reeds meermalen opmerkten, zoo ook hier niet art. 2012 *a* C. N., maar de officiële vertaling daarvan, letterlijk is gevolgd, dan zullen wij wel geregtigd zijn om aan te nemen, dat hij juist niet van de Fransche bepaling heeft willen afwijken, maar dat de bedoeling van art. 1858 *a* B. W. uit art. 2101 *a* C. N. mag worden afgeleid, volgens hetwelk „le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable." En dan is de bedoeling eenvoudig deze, dat borgtogt noodwendig eene geldige hoofdverbindtenis tot onderwerp moet hebben. Hierdoor nu is een borgtogt tot verzekering eener toekomstige hoofdverbindtenis niet uitgesloten, die dan ook hare bekrachtiging vindt in de bepaling van art. 1370 *a* B. W., volgens welke toekomstige zaken het onderwerp eener overeenkomst kunnen uitmaken. Intusschen spreekt het van zelf, dat borgtogt, aangegaan tot zekerheid eener toekomstige hoofdverbindtenis, slechts eene soort van voorwaardelijke verbindtenis schept, voor het geval, dat de hoofdverbindtenis werkelijk tot stand komt. Is dit het geval niet, dan mist de borgtogt zijn' grondslag, en kan dus uit den aard der zaak geene gevolgen hebben. Komt de hoofdverbindtenis tot stand, dan wordt met haar de borgtogt van kracht; deze gaat dus, wat zijne werking betreft, niet aan de hoofdverbindtenis vooraf, maar vergezelt haar. Eene terugwerkende kracht, ten gevolge van de vervulling der voorwaarde, overeenkomstig art. 1297 *a* B. W., is daarbij niet denkbaar, omdat de voorwaarde niet aan de hoofdverbindtenis kleefde, maar aan den borgtogt, die zonder gene, en dus ook vóór gene, niet kan werken.

836. Er is beweerd, dat de borgtogt slechts dan aan het bestaan der hoofdverbindtenis kan voorafgaan, wanneer zij wordt aangegaan tot zekerheid eener bepaalde verbindtenis, en dat zij niet op eene onbepaalde wijze kan plaats hebben voor alle verbindtenissen, die een' derde mogt aangaan (1). Ik geloof echter, dat men zich hiervoor te vergeefs beroept op art. 1369 B. W. (art. 1129 C. N.); de borgtogt heeft toch ook dan eene zaak ten onderwerp, die ten minste ten aanzien van hare soort bepaald is; de verbindtenissen, die de derde zal aangaan, maken dat onderwerp uit, en deze moeten natuur-

1) Zachariae, II, § 423, bl. 63, n. 6.

lijk verbindtenissen zijn jegens dengene, jegens wien ook de borg zich verbindt.

837. Zoo hier, als bij het voorgaande, moet intusschen nog worden aangemerkt, dat de borg zich, zoolang en voor zoo ver de zaak nog in haar geheel is en de gewaarborgde verbindtenis nog niet is geboren, ongestraft kan terugtrekken; niet omdat de borgtogt zelf niet bestaanbaar is, maar omdat hij nog niet verbindt, bij gebreke van hoofdverbindtenis; terwijl er ook geene vergoeding van kosten, schaden en interessen te pas kan komen, waar deze niet geleden zijn.

838. Er moet dus altijd buiten den borg een hoofdschuldenaar zijn. Deze behoeft echter, gelijk wij reeds opmerkten, geene partij te zijn bij den borgtogt, noch daartoe mede te werken. En in den regel moge de borgtogt op zijn verzoek plaats hebben, men kan evenwel, volgens art. 1860 *a* B. W., „zich borg stellen zonder daartoe aangezocht te zijn door dengene, voor wien men zich verbindt, en zelfs buiten zijn weten." De toestemming van den schuldeischer is voorzeker noodig, omdat er anders geene overeenkomst is; die van den schuldenaar echter niet (1).

839. Borgtogt kan zelfs worden aangegaan tegen den wil van den schuldenaar (2). OPZOOMER is wel van eene tegenovergestelde meening, maar zijne redenering komt mij weinig overtuigend voor (3). Zoo schijnt het wel vreemd te mogen heeten, dat de schrijver, beginnende met aan te merken, dat geen enkel regtsbeginsel tot zijne opvatting schijnt te nopen, evenwel eindigt met te beweren, dat het verbod, om voor een' ander tegen zijn' wil borg te blijven, niet van allen grond is ontbloot. Minder gepast is ook de aanmerking, dat onze wetgever, getrouw art. 2014 C. N. vertalende, aan de naar aanleiding van dat artikel gedane vraag, of men zich ook tegen den wil des schuldenaars borg voor hem kan stellen, niet gedacht schijnt te hebben: eensdeels omdat men naauwelijks van zoodanige vraag onder het Fransche regt kan spreken, daar aan hare bevestigende beantwoording niet schijnt getwijfeld te zijn; anderdeels omdat, naar des schrijvers meening, de wet door hare ondubbelzinnige uitspraak alle vragen te dezen afsnijdt, en dan voorzeker eene nadere bepaling der wet niet noodig geacht kon worden. Maar is het den schrijver onbegrijpelijk, hoe men over de meening van ons artikel in twijfel kan zijn, mijnerzijds acht ik het niet minder vreemd, dat, waar algemeen en zonder twijfeling de vraag bevestigend beantwoord wordt, hij, die

---

(1) *C. N. et. Mot.*, VI, n. 363; TROPLONG, n. 128; SCHÜLLER, op art. 1860 B. W. — (2) DURANTON, XVIII, n. 316; TROPLONG, n. 131; ZACHARIAE, II, § 423, 1°, bl. 68. — (3) OPZOOMER, III, bl. 233 en v.

elders meermalen de zwakheid van zoodanig argument heeft aangewezen, zijne tegenovergestelde meening hier eeniglijk grondt op den regel: qui de uno dicit, de altero negat; en alzoo aanneemt, dat men zich, naar de wet, zonder den last des schuldenaars en zelfs buiten zijn weten tot borg voor hem stellen kan, maar dat de wetgever dan ook met dat woord „*zelfs*" de uiterste grens van bevoegdheid heeft willen aanwijzen; alsof de woorden: zonder aangezocht te zijn en buiten weten, niet zoowel het niet-willen als het niet-weten omvatten, en alsof de wetgever niet eenvoudig had willen zeggen, dat borgtogt ook zonder de toestemming van den hoofdschuldenaar kan worden aangegaan. Dat men, zonder borg te zijn, ook tegen den wil des schuldenaars voor dezen kan betalen, erkent ook OPZOOMER; doch daar, waar hij het verbod om tegen den wil des schuldenaars borg te worden niet van allen grond ontbloot noemt, merkt hij aan, dat men, voor een' ander betalende, geene vrees te kennnen geeft, maar eenvoudig eene dienst bewijst; terwijl men door borg te worden een wantrouwen aan den dag zou leggen, hetzij aan de eerlijkheid, hetzij aan den rijkdom des schuldenaars, wat voor dezen eene vernedering zou zijn. Het gezochte van dat onderscheid tusschen borgtogt en betaling valt in het oog, en men begrijpt ligt, dat in geval van borgtogt buiten weten van den schuldenaar zeker wel gedacht kan worden aan wantrouwen aan de zijde van den schuldeischer, maar dat men bezwaarlijk in de handeling van hem, die geheel uit eigen beweging borg wordt voor een' schuldenaar, aan zijne zijde een bewijs van wantrouwen tegen dezen vinden kan. Anders dacht dan ook de tribun LAHARY, die het „même à l'insu" aldus verdedigde: car, d'un côté, il n'est pas présumable qu'il puisse refuser l'avantage gratuit qu'on veut lui procurer, et de l'autre il ne peut empêcher que le créancier ne prenne ses sûretés, *independamment de son consentement*, quand il ne les a pas données lui-même" (1). En inderdaad wanneer de wetgever geen' borgtogt tegen den wil des schuldenaars wilde toelaten, dan had hij tot den borgtogt ook wel zijne medewerking of althans een bewijs zijner toestemming mogen vorderen.

840. Wanneer de borg zich op verzoek van den schuldenaar verbindt, kunnen de wederzijdsche regten en verpligtingen tusschen hen beide nader door hen worden geregeld; met name kan de borg voor zijne verbindtenis ook eenig voordeel bedingen (2). Voor het overige wordt in dat geval van eene lastgeving tusschen den schuldenaar en den borg gesproken, en op grond daarvan aan dezen eene actio mandati contraria toegekend, terwijl men, in het geval van een'

---

(1) *O. N. et Mot.*, VI, bl. 363. — (2) DURANTON, XVIII, n. 300; TROPLONG, n. 16.

borgtogt buiten weten van den schuldenaar, van eene negotiorum gestio spreekt (1). Zulks komt mij echter minder gepast en geenszins noodzakelijk voor. Waar borgtogt buiten weten van den schuldenaar plaats heeft, zal men, mijns bedunkens, bezwaarlijk kunnen zeggen, dat zijne zaak wordt waargenomen, althans zoo niet tevens blijkt, dat anders de door hem voorgenomen handeling niet tot stand zou komen, dat geleend geld zou worden teruggeëischt, of iets dergelijks. En waar borgtogt plaats heeft met weten of ook op verzoek van den schuldenaar, zou ik evenwel betwijfelen, of daar aan lastgeving moet worden gedacht, en of de schuldenaar gezegd moet worden den borg te hebben opgedragen iets voor hem te verrigten. Onze wetgever schijnt daarover dan ook anders gedacht te hebben. Bij de laatste herziening toch werd het woord „gelast," voorkomende in art. 1870 Wetb. van 1830, vervangen door „aangezocht", en zulks op de bedenking, in eene der afdeelingen gemaakt, dat hier geene rede van lastgeving zijn kan, waar het aanzoek behandeld wordt van hem, vóor wien men zich borg stelt (2). Ik zie daarin toch geenszins met OPZOOMER het bewijs, dat onze wetgevers zich niet van het door den klank des woords opgewekte vooroordeel konden losmaken, dat in lastgeving iets vernederends lag (3), en beschouw die bedenking en opgevolgde verandering veel liever eenvoudig als een blijk, dat de wetgever gemeend heeft hier aan geen lastgeving te moeten denken.

Dit schijnt ook geenszins noodzakelijk. De verpligting van den schuldenaar jegens den borg, die de schuld voor hem heeft betaald, behoeft zoodanigen grondslag niet; die trouwens voor de gevallen, waarin werkelijk aan geene negotiorum gestio te denken is, gelijk ook wanneer de borg zich tegen den wil des schuldenaars heeft verbonden, niet èens van kracht zou zijn. Zij is gegrond in de stellige bepaling der wet, in art. 1876 en v. B. W. En vraagt men naar den grond dier bepaling, waarbij de schuldenaar verbonden wordt jegens den borg, ook zonder dat hij zelf zich jegens dezen heeft verbonden, dan merk ik slechts op, dat hetzelfde geschiedt zoo dikwijls een derde voor den schuldenaar betaalt, en door den schuldeischer in de plaats wordt gesteld; wat ook door den schuldenaar niet kan worden belet. Men schijnt eindelijk niet zonder grond te kunnen vragen, waarom de borgtogt eene zoo uitvoerige afzonderlijke regeling in de wet behoefde, wanneer mèn den borg als een' lasthebber of negotiorum gestor moest beschouwen, en waarom in de bepalingen omtrent genen in zoo menig opzigt van die omtrent dezen is afgeweken, in

---

(1) POTHIER, n. 365; DURANTON, XVIII, n. 316 en v.; TROPLONG, n. 17, 28, 129 en v.; ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68 en n. 4; V. ASSEN, § 400, bl. 441.; OPZOOMER, III, bl. 230, 240. — (2) VOORDUIN, V, bl. 412. — (3) OPZOOMER, III, bl. 230.

welke gevallen ze toch voorzeker niet uit lastgeving of negotiorum gestio kunnen worden verklaard. In het algemeen schijnt het mij, ter voorkoming van anders ligt mogelijke verwarring van begrippen, wenschelijk te zijn, dat de onderscheidene regtsbetrekkingen en regtsinstituten zooveel mogelijk van elkander worden onderscheiden.

841. Men kan in het algemeen borg worden voor iederen schuldenaar (1), zelfs voor de zoodanigen, die onbekwaam zijn om overeenkomsten aan te gaan; wat dan ook op zich zelf minder afdoet, daar de schuldenaar geene partij bij den borgtogt is. Alleen kan zulk een onbekwame door den borgtogt niet verder verbonden zijn, dan hij anders was, en heeft de borg op hem slechts verhaal voor zoo ver hij door diens betaling werkelijk is gebaat (2). Natuurlijk moet de schuldenaar een ander persoon zijn dan de borg, daar het met het wezen van den borgtogt strijden zou, dat iemand zich als borg verbond voor zijne eigene schuld; maar ook hier geldt de regel: „quot qualitates tot personae", en men kan dus persoonlijk borg worden voor eene schuld, die men in eene hoedanigheid heeft aangegaan, terwijl ook niets belet borg te worden voor de schuld eener maatschappij, waarvan men zelf lid is.

842. Zoo kan men ook in het algemeen borg worden voor iedere verbindtenis; onverschillig waaruit zij is voortgesproten, of wat haar onderwerp is (3). Men kan borg worden, hetzij de hoofdverbindtenis uit overeenkomst is voortgesproten of uit kracht der wet, en ten gevolge eener regtmatige of onregtmatige daad. Men kan borg worden voor eene voorwaardelijke zoowel als voor eene zuivere verbindtenis. Men kan borg worden zoowel voor eene schuld, die iets anders, als voor die, welke de betaling eener geldsom ten onderwerp heeft (4). Men kan borg worden, ook wanneer de verbindtenis strekt tot levering eener bepaalde zaak, die wel de schuldenaar, maar niet de borg in zijne magt heeft, of tot eenige handeling, die door den schuldenaar persoonlijk moet worden verrigt. Bij niet-voldoening heeft de schuldeischer aanspraak op vergoeding van kosten, schaden en interessen; dit is een gevolg der verbindtenis, en de borg, wien de werkelijke vervulling dier verbindtenis onmogelijk zou zijn, kan tot die vergoeding alleszins worden aangesproken (5).

843. Men kan zich, volgens de uitdrukkelijke bepaling van art. 1860 *b* B. W., borg stellen niet alleen voor den hoofdschuldenaar en dus voor de hoofdverbindtenis, maar ook voor zijn reeds gestelden

---

(1) POTHIER, n. 393. — (2) DURANTON, XVIII, n. 307. — (3) POTHIER, n. 395; DURANTON, XVIII, n. 301; TROPLONG, n. 50. — (4) Dit heeft in het Fransche Tribunat aanleiding gegeven tot verandering der eerst voorgestelde redactie. Zie *Conf. du C. C.*, VI, bl. 285 en v. — (5) POTHIER, n. 396; TROPLONG, n. 51.

borg, en dus voor de verbindtenis, uit diens borgtogt voortvloeijende (1). Deze verbindtenis is wel eene bijkomende, maar zij is toch eene verbindtenis, afgescheiden van die des hoofdschuldenaars, en heeft als zoodanig ook een afzonderlijk bestaan, met dat gevolg, dat een ander als borg tot haar kan toetreden. Zoodanige borg (fidejussoris collaudator, certificateur de caution) wordt in art. 53, 5º W. v. B. R. achterborg genoemd; voor hem is de borg hoofdschuldenaar.

844. Maar het is, ook volgens de uitdrukkelijke bepaling van art. 1858 *a* B. W., noodig, dat de hoofdverbindtenis eene wettige zij. Het kan bij den eersten opslag eenigzins onduidelijk schijnen, wat hieronder verstaan moet worden. Zelfs zou eene vergelijking van het eerste met het tweede lid van art. 1858 aanleiding kunnen geven tot de meening, dat men zich geen borg kan stellen voor eene verbindtenis, die vernietigd kan worden op eene exceptie, gegrond niet slechts in den persoon van den verbondene, maar in de verbindtenis zelve, en welke daarom misschien bezwaarlijk eene wettige verbindtenis genoemd kan worden (2). En evenwel zou deze meening onjuist zijn; de borg kan zich wel, volgens art. 1884 *a* B. W., in dat geval tegen den schuldeischer ook van die exceptie bedienen, maar hieruit blijkt genoegzaam, dat zijn borgtogt zelf niet, volgens art. 1858, onbestaanbaar is. Onze wetgever heeft in art. 1858 *a* B. W., in navolging der officiële vertaling van den C. N., *wettige* verbindtenis genoemd, wat in art. 2012 *a* C. N. obligation *valable* heet. Men heeft daarbij te denken aan zoodanige verbindtenissen, die niet, hetzij wegens geheel gemis van toestemming bij de overeenkomst, hetzij wegens gemis van een bepaald onderwerp, hetzij wegens gemis eener geoorloofde oorzaak, hetzij wegens strijd met de goede zeden of met de wetten, die op de openbare orde betrekking hebben, van regtswege nietig zijn. In zoodanige gevallen bestaat er inderdaad geene verbindtenis, en er kan dus ook geen borgtogt bestaan, die zonder hoofdverbindtenis onbestaanbaar is (3). Hetzelfde geldt van de zoogenaamde natuurlijke verbindtenissen, die geen regt van vordering geven, en waarvoor dus ook geen borg zich geldig verbinden kan (4).

845. Voor zoodanige verbindtenissen, die wel vernietigd kunnen worden op grond eener exceptie, haar zelve en niet persoonlijk den

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 363; DURANTON, XVIII, n. 301; TROPLONG, n. 132; ZACHARIAE, II, § 423, bl. 63 en n. 3. — (2) Men zou zich daarbij nog kunnen beroepen op een gezegde van TREILHARD, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 318. Zie ook DE PINTO, § 1036, bl. 487 en v.; 3e uitg. § 1096, bl. 604; SCHÜLLER, op art. 1858 B. W. — (3) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 329, 361—363; TROPLONG, n. 46 en v.; DURANTON, XVIII, n. 302. Zie ook hierboven VI, n. 1050, 1052, 1057. — (4) ZACHARIAE, II, § 424, bl. 64, n. 4.

verbondene betreffende, maar die dan ook zoodanige vernietiging behoeven om geen gevolg te hebben, en die dus in zoo verre, zoo al niet wettig, althans geldig zijn, totdat zij vernietigd worden, kan men zich, gelijk wij reeds aanmerkten, als borg verbinden (1). Maar het is dan ook juist een gevolg van den aard des borgtogts als bijkomende overeenkomst, dat de borg, even als de hoofdschuldenaar zelf, zich van die exceptiën kan bedienen om de verbindtenis te doen vernietigen en hierdoor ook ontheven te worden van de verpligtingen, die daaruit voor hem als borg zouden voortvloeijen (2).

846. Anders is het, wanneer de verbindtenis vernietigd kan worden op eene exceptie, welke alleen den verbondene in persoon betreft. Zoodanige exceptiën kan de borg, volgens art. 1884 *b* B. W., niet in het midden brengen. Niet aan de verbindtenis, op zich zelve beschouwd, klevende, kleven zij ook niet aan den daarbijkomenden borgtogt; en alleen de persoon van den verbondene betreffende, betreffen zij niet den borg, die, zoo hij zelf bekwaam is om zich te verbinden, zich niet kan beroepen op eene oorzaak van onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar, voor wien hij zich als borg verbonden heeft. En dit zal wel de reden zijn, waarom bepaaldelijk van zoodanige verbindtenissen in art. 1858 *b* B. W. gesproken wordt, ofschoon de wet van de zoo even bedoelde verbindtenissen geheel niet spreekt. Het gebrek, dat die verbindtenissen aankleeft, sluit niet alleen den borgtogt niet uit, maar verzwakt zelfs zijne gevolgen niet; hij verbindt den borg evenzeer, als wanneer ook de hoofdschuldenaar zelf niet tegen de verbindtenis kon opkomen (3).

847. Art. 1858 *b* B. W. spreekt met name van het geval van minderjarigheid; maar het noemt dit ook uitdrukkelijk alleen als voorbeeld. Geheel hetzelfde geldt dus ten aanzien eener verbindtenis, door eene getrouwde vrouw zonder de vereischte magtiging aangegaan, en die evenzeer aan eene betrekkelijke nietigheid lijdt, als de verbindtenis, die het gevolg is eener overeenkomst van eenen minderjarige (4). Hetzelfde geldt ten aanzien van verbindtenissen ten gevolge van overeenkomsten van andere onbekwame personen, met name ook van hen, die onder curatele zijn gesteld, hetzij ter zake van verkwisting, hetzij ter zake van krankzinnigheid enz., omdat ook in dit geval de onder curatele gestelde met den minderjarige gelijk staat, en de verbindtenis, bij overeenkomst door hem aangegaan, op gelijke wijze aan eene betrekkelijke nietigheid lijdt (5).

848. Wij merken alleen nog aan, dat, wanneer de verbindtenis,

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 362; DURANTON, XVIII, n. 303. — (2) TROPLONG, n. 47. — (3) ZACHARIAE, II, § 424, bl. 64 en n. 5. — (4) DURANTON, XVIII, n. 305; TROPLONG, n. 82. — (5) Verg. hierboven II, n. 1087. Zie voorts DURANTON, XVIII, n. 306; TROPLONG, n. 80; DE PINTO, II, § 1036, bl. 487; 3e uitg. § 1096, bl. 603 en v.

behalve op eene den verbondene alleen persoonlijk betreffende exceptie, ook op eene andere, die de verbindtenis zelve aankleeft, kan vernietigd worden, b. v. wanneer de minderjarige tevens door bedrog of geweld tot de overeenkomst is gebragt, de bevoegdheid van den borg tot het opwerpen der laatstbedoelde exceptie door de mogelijkheid der andere niet wordt opgeheven (1); en voorts, dat bedrog, ten aanzien van den borg zelven gepleegd, de nietigheid van den borgtogt ten gevolge heeft.

849. Daar de borgtogt eene bijkomende overeenkomst is, wier werking afhankelijk is van het bestaan eener hoofdverbindtenis, bij welke de borg zich voegt, ligt het ook in den aard der zaak, wat art. 1859 *a* B. W. zegt, dat een borg zich tot niets meer, noch onder meer bezwarende voorwaarden kan verbinden, dan waartoe de hoofdschuldenaar verbonden is. Men behoeft hiervoor niet met SCHÜLLER aan te voeren, dat het meerdere eene soort van schenking zou vormen, door den borg aan den hoofdschuldenaar gedaan (2); de ratio legis is daarin gelegen, dat hij, die zich verbindt om aan eene verbindtenis te voldoen, zoo de schuldenaar zelf daaraan niet voldoet, natuurlijk niet tot meer verbonden kan zijn dan de hoofdschuldenaar (3). Al waren ook de voor schenking gevorderde formaliteiten in acht genomen, zou evenwel de borg op dien grond niet te dier zake verbonden zijn, maar zijne verbindtenis bepaald worden door art. 1859 B. W.

850. De borgtogt is namelijk, zoo hij voor meer dan de schuld of onder meer bezwarende voorwaarden is aangegaan, volgens art. 1859 *c* B. W. (4), niet geheel van onwaarde, maar bepaalt zich slechts tot datgene, wat in de hoofdverbindtenis is begrepen. Anders was dit in het Romeinsche regt beslist (5); maar men is daarvan afgeweken, omdat men deze beslissing noodeloos gestreng vond, en geene reden zag om den borg, die getoond had zich boven de hoofdverbindtenis te willen verbinden, ook zelfs niet overeenkomstig deze verbonden te houden (6).

851. De uitsluiting der verbindtenis tot iets meer ziet op het be-

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 308. – (2) SCHÜLLER, op art. 1859 B. W. — (3) *C. N. et. Mot.*, VI, bl. 318, 330, 361; DURANTON, XVIII, n. 311; TROPLONG, n. 96. Anders is het natuurlijk, wanneer de borg bepaaldelijk voor iets anders eene afzonderlijke, zelfstandige verbindtenis aangaat; DE PINTO, II, 3e uitg. § 1097, bl. 604. — (4) Teregt is op de plaatsing van dit lid bij de beraadslaging aanmerking gemaakt; daar het, hoezeer behoorende bij het eerste, aan het tweede is aangehecht. Zie VOORDUIN, V, bl. 411. Volgens dezen schrijver (n. IV) is in 1833 eene andere volgorde voorgesteld; dit voorstel is dan evenwel zonder gevolg gebleven. — (5) L. 8 § 7 D. *de fidejussoribus* (XLVI, 1). — (6) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 319, 361; POTHIER, n. 375; TROPLONG, n. 97; SCHÜLLER, op art. 1859 B. W.

drag, waarvoor de borg zich heeft verbonden; de uitsluiting van meer bezwarende voorwaarden op den tijd, op de plaats van betaling, op de aan de verbindtenis gehechte voorwaarden en wat verder tot de verbindtenis zelve betrekking heeft (1).

852. Wat het bedrag betreft, zoo kan de borg tot niets meer verbonden zijn dan de schuldenaar, en wanneer van dezen b. v. voor het gebruik van geleend geld geen rente bedongen is, kan ook de borg geen rente schuldig zijn (2). Dit neemt intusschen niet weg, dat, wanneer iemand borg wordt voor eene opeischbare schuld, maar tegen belofte van rente daarbij uitstel van betaling bekomt, het beding ten aanzien der rente wegens art. 1859 B. W. niet nietig zal zijn. Hier toch heeft inderdaad de borg zich slechts tot betaling der hoofdschuld verbonden, en de rente strekt alleen tot vergoeding voor het bekomen uitstel van betaling (3).

853. Wat den tijd betreft, wanneer de verbindtenis voor een bepaalden tijd is aangegaan, kan die van den borg niet verder worden uitgestrekt (4). Doch wanneer de hoofdschuldenaar verpligt was om binnen zekeren termijn te betalen, kan den borg wel een langer termijn worden gelaten, omdat hij daardoor inderdaad op minder bezwarende voorwaarden verbonden wordt; maar hij kan zich niet verbinden zonder tijdsbepaling of tot betaling binnen een korteren termijn, omdat daardoor de verbindtenis te zijnen aanzien strenger zijn zou (5).

854. De plaats der betaling kan ook niet zoo bepaald worden, dat deze daardoor moeijelijker wordt gemaakt, hetzij door verderen afstand, hetzij door hoogeren prijs van het verschuldigde op die andere plaats; het daaromtrent gemaakt beding zou dus den borg niet beletten te betalen ter plaatse, voor de hoofdverbindtenis bepaald (6).

855. Wanneer de hoofdverbindtenis voorwaardelijk is, kan de borg zich niet zuiver verbinden, noch onder eene meer bezwarende voorwaarde. Wanneer alzoo de voorwaarde was, dat zekere gebeurtenis binnen een bepaalden termijn moest plaats hebben, kan de borg daarvoor geen langeren termijn toekennen. Wanneer de hoofdverbindtenis aan eene bepaalde voorwaarde verbonden is, kan de borg zich niet onder meer voorwaarden, alternatief gesteld, verbinden, omdat ook daardoor zijne verbindtenis, als minder afhankelijk van eene bepaalde voorwaarde, strenger wezen zou (7).

856. Wanneer de hoofdverbindtenis eene alternatieve is, en de

---

(1) Verg. POTHIER, n. 370; MALLEVILLE, IV, bl. 108; TROPLONG, n. 98. — (2) DURANTON, XVIII, n. 311. — (3) TROPLONG, n. 101. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 361. — (5) POTHIER, n. 372; TROPLONG, n. 102. — (6) POTHIER, n. 373; TROPLONG, n. 104; DURANTON, XVIII, n. 311. — (7) POTHIER, n. 371 en v.; DURANTON, XVIII, n. 311, 313; TROPLONG, n. 106.

borg zich slechts tot ééne der verschuldigde zaken heeft verbonden, kan van hem de andere niet gevorderd worden, al was anders ook de keus aan den schuldeischer toegestaan, omdat hij zich daartoe niet verbonden heeft, en zijne verbindtenis eindigt dan ook met het te niet gaan der zaak, voor wier levering hij zich borg heeft gesteld. Aan den anderen kant kan echter de borg zich ook kwijten door de levering der andere zaak, waarvan de borgtogt anders zweeg, omdat hij, daar zijne verbindtenis niet geldt voor zoo ver zij meer bezwarend zou zijn dan die van den schuldenaar, zich ook geldig moet kunnen kwijten, door de afgifte van datgene, waarmede ook de schuldenaar zelf zou kunnen voldoen (1).

857. DURANTON is van meening, dat een borg zich ook alternatief kan verbinden, waar het onderwerp der hoofdschuld enkelvoudig is; hij neemt aan, dat de verbindtenis van den borg, wegens de hem gegeven keus, geacht mag worden minder bezwarend te zijn dan die van den schuldenaar, en slechts meer bezwarend zou wezen, wanneer het onderwerp der verbindtenis van den schuldenaar en daarmede die verbindtenis zelve te niet ging en de borg dan nog tot levering der overgebleven zaak verpligt zou blijven; hij acht daarom in dit geval ook den borg door het verloren gaan der door den schuldenaar verschuldigde zaak bevrijd. POTHIER is echter, en naar het mij voorkomt teregt, van meening, dat zoodanige alternatieve verbindtenis van den borg niet geldig is, niet alleen om het meer bezwarende, daarin wegens het zoo even gezegde gelegen, maar ook omdat, wanneer de borg zich ging kwijten door levering der andere, niet door den schuldenaar verschuldigde zaak, het onderwerp zijner verbindtenis zou blijken een geheel ander te zijn, dan dat van die des hoofdschuldenaars, ja, dat zij dit reeds van den beginne af zou zijn (2).

858. Dat dit niet kan, leert anders ook DURANTON. De borg kan zich niet alleen tot niets meer, hij kan zich als zoodanig ook niet tot iets anders verbinden dan de hoofdschuldenaar. De aard zijner verbindtenis belet dit; hij zou anders niet tot die van den hoofdschuldenaar toetreden, maar veeleer eene geheel andere verbindtenis aangaan (3). Dit geldt niet alleen, wanneer een borg zich verbindt tot levering van eenige waar, terwijl de schuldenaar geld schuldig was, maar ook wanneer hij zich verbindt tot betaling van geld, waar de schuldenaar eene waar schuldig was. Geld moge zijn, gelijk POTHIER, die ten aanzien van het laatstgenoemde eene tegenovergestelde meening omhelst, zich uitdrukt: „l'estimation commune de toutes les

---

(1) Verg. POTHIER, n. 374; DURANTON, XVIII, n. 314; PONSOT (n. 106), bij TROPLONG, n. 117, 2°. — (2) Verg. ULPIANUS, in l. 8, § 8, D. *de fidejussoribus* (XLVI, 1). — (3) POTHIER, n. 368; DURANTON, XVIII, n. 315; TROPLONG, n. 120 en v.

choses", dit neemt niet weg, dat geld en waar een verschillend onderwerp van verbindtenis zijn, en dat hij, die eene waar verschuldigd is, noch tot betaling van geld kan worden aangesproken, noch met zoodanige betaling kan volstaan. — De overeenkomst van hem, die zich verbindt eene andere zaak te zullen leveren, wanneer de schuldenaar aan zijne verbindtenis niet voldoet, is wel niet nietig, maar zij is geen borgtogt, en heeft ook niet de gevolgen van deze; met name wordt hij, door te betalen, niet van regtswege tegenover den schuldenaar in de plaats van den schuldeischer gesteld; zijne verbindtenis is eene afzonderlijke voorwaardelijke verbindtenis, waarop de bepalingen van dezen titel niet toepasselijk zijn (1).

859. Daar de borg zich niet onder meer bezwarende voorwaarden kan verbinden dan de hoofdschuldenaar verbonden is, zou hij zich niet bij lijfsdwang aansprakelijk kunnen stellen, wanneer de hoofdschuldenaar zulks niet was (2), al kon men zich ook bij overeenkomst daaraan onderwerpen, wat echter, volgens art. 588 W. v. B. R., in het algemeen niet kan geschieden. Op gelijke wijze kan de borg zich aan geene strafbepaling onderwerpen, waaraan de hoofdschuldenaar niet onderworpen is (3).

860. Maar niets belet, dat de borg voor de voldoening zijnerzijds zekerheid kan geven door pand of hypotheek, ofschoon de hoofdschuldenaar voor zich geen zekerheid heeft gegeven. Juist wanneer de schuldenaar geene zakelijke zekerheid gegeven heeft, is de borgtogt van belang, en is hij dit te meer, hoe meer zekerheid de borg, hetzij door zich zelv', hetzij op andere wijze, aanbiedt. Deze is daardoor tot niets meer verbonden; hij is ook niet onder meer bezwarende voorwaarden verbonden; zijne verbindtenis blijft dezelfde en wordt door de gestelde zekerheid in geen opzigt veranderd; de voldoening is daardoor slechts te meer gewaarborgd (4).

861. Tegenover een verbod van verbindtenis tot iets meer, of onder meer bezwarende voorwaarden, is in art. 1859 *b* B. W. mede uitdrukkelijk bepaald, dat borgtogt wèl kan worden aangegaan voor

---

(1) DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 122. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 318; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 287; TROPLONG, n. 114 en v. Zie echter DURANTON, XVIII, n. 311. — (3) DURANTON, XVIII, n. 311. — (4) DURANTON, XVIII, n. 311; TROPLONG, n. 108 en v., 110 en v.; ZACHARIAE, II, § 423, bl. 63, n. 5. — Dat art. 1859 B. W. niet belet, dat de borg voor een anderen regter kan geroepen worden, dan die bevoegd is ten aanzien van den hoofdschuldenaar, kan wel niet twijfelachtig zijn. Verg. H. R. 5 Maart 1847, *W.* 802; V. D. H., *B. R.*, VIII, bl. 351—377; *R. B.*, IX, bl. 306—327. — Arr. Utrecht 18 Febr. 1852, *N. R. B.*, II, bl. 382 en v., overwoog voorts, dat art. 1859 *a* niet belet, dat de borg bij overeenkomst kan bepalen de wijze, waarop te zijnen aanzien het niet-voldoen van den hoofdschuldenaar voor bewezen zal gehouden worden.

slechts een gedeelte der schuld of onder minder bezwarende voorwaarden. Men heeft hierdoor eene al te beperkte toepassing belet van het beginsel, dat de borg, zich bij de hoofdverbindtenis voegende, niet tot iets anders verbonden kan zijn dan de schuldenaar. Inderdaad toch is het gedeelte in het geheel en de minder bezwarende voorwaarde in de meer bezwarende begrepen En wanneer alzoo een borg zich op die wijze in mindere mate verbindt, dan verbindt hij zich niet tot iets anders, maar treedt wel degelijk tot de verbindtenis van den schuldenaar toe, en er kon geene reden zijn om hem, die zich niet als borg wil verbinden voor de verbindtenis des hoofdschuldenaars in haren geheelen omvang, tevens te beletten zulks voor een gedeelte dier verbindtenis te doen. De borg kan zich dus verbinden voor een gedeelte der schuld, met eene tijdsbepaling (1) of onder eene voorwaarde, terwijl de hoofdverbindtenis zuiver is; voor de hoofdsom alleen, terwijl de hoofdschuldenaar tevens interessen is verschuldigd, enz. (2).

862. De borg is alzoo niet noodzakelijk tot hetzelfde en op dezelfde wijze verbonden als de schuldenaar, en in ieder geval moet men dus zien, hoe ver hij verbonden is. Art. 1861 B. W., volgens hetwelk borgtogt niet wordt verondersteld, maar uitdrukkelijk moet worden aangegaan, bepaalt dan ook tevens, dat men haar niet verder kan uitstrekken dan de bepalingen, onder welke zij is aangegaan. Men moet zich dus houden aan hetgeen de borgtogt zelf medebrengt, en hem niet verder uitbreiden, noch wat het onderwerp, noch wat den duur, noch wat den aard der verbindtenis, noch ook wat den persoon des verbondenen betreft. Zoo kan niet alleen de borg, die zich slechts voor een gedeelte der schuld verbonden heeft, niet tot een grooter bedrag worden aangesproken, maar die borg geworden is voor de hoofdsom eener schuld, is daardoor ook niet tevens aansprakelijk voor de interessen, al zijn die ook van den hoofdschuldenaar bedongen, noch voor de kosten, die de schuldeischer tegen den schuldenaar heeft moeten aanwenden. Die borg is van den huurder voor de betaling der huur, is niet aansprakelijk wegens vergoedingen, waartoe de huurder gehouden is; hij is dit ook niet verder dan voor den bepaalden of anders voor de huur vastgestelden tijd; en zoo daarna de huur voor een nieuw tijdvak wordt aangegaan, of stilzwijgend voortduurt, heeft evenwel zijn borgtogt een einde genomen. Zoo is de borg, wanneer de schuld met toestemming van den schuldeischer op een anderen schuldenaar is overgegaan, ook voor dezen niet verbonden (3). Men drijve dit ech-

---

(1) De borg kan bedingen, dat hij gedurende zijn leven niet zal worden aangesproken; N.-Holland 7 Febr. 1850, *W.* 1154. — (2) POTHIER, n. 369; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 330; TROPLONG, n. 117 en v.; VOORDUIN, V, bl. 411. — (3) POTHIER, n. 404; *C. N. et Mot.*, VI, bl., 363; DURANTON,

ter tevens niet al te ver. Wanneer de schuld van den schuldenaar op zijne erfgenamen overgaat, dan blijft de borg evenzeer verbonden als hij vroeger was, omdat dezelfde verbindtenis blijft bestaan (1).

863. Art. 1861 B. W. veronderstelt, dat bij den borgtogt de omvang der verpligtingen van den borg bepaald is, hetzij hij uitdrukkelijk is vastgesteld, hetzij hij door den aard der zaak wordt aangewezen (2). Anders is het in geval van een onbepaalden borgtogt, waarbij de borg zich in het algemeen tot voldoening van den schuldenaar verbindt, in universam causam, zonder dat hij, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend, door iets is beperkt (3). Onbepaalde borgtogt voor eene hoofdverbindtenis strekt zich, volgens art. 1862 B. W., tot al de gevolgen der schuld uit. Zij strekt zich dus uit tot de interessen, niet alleen die bij de hoofdverbindtenis bedongen zijn, maar ook die het gevolg zijn der nalatigheid in het betalen (4), tot den geheelen omvang der hoofdverbindtenis en alles, waartoe de schuldenaar gehouden is of kan zijn, ook tot vergoeding van kosten, schaden en interessen (5) en tot de kosten der akte, die de schuldenaar aan den schuldeischer moest vergoeden (6).

864. De bepaling van art. 1862 B. W. sluit niet in, dat ook alle middelen van bedwang, die tegen den schuldenaar kunnen worden aangewend, b. v. lijfsdwang, eveneens tegen den borg kunnen aangewend worden (7). Zij moet voorts worden beperkt tot datgene, wat regtstreeks behoort tot, en een gevolg is van de hoofdverbindtenis. Die borg is voor een' ambtenaar, is verbonden voor de gelden, die deze heeft ondergeslagen, niet voor de boeten, tot wier betaling hij is veroordeeld. Die borg is voor een' huurder is het niet voor de gevolgen eener uitdrukkelijke of stilzwijgende wederinhuring. Die borg is voor een' voogd is niet verbonden voor hetgeen deze na het eindigen der voogdij heeft verrigt (8).

865. De borg is, volgens art. 1862 B. W., ook verbonden voor de kosten, die de schuldeischer heeft moeten aanwenden; doch niet

---

XVIII, n. 320; TROPLONG, n. 148—155; ZACHARIAE, II, § 426, bl. 65, n. 7; DE PINTO, II, § 1039, bl. 488; 3e uitg. 1099, bl. 605. Volgens 's Hertogenbosch 17 Jan. 1844, *W.* 536, is hij, die zich borg gesteld heeft voor de kosten, waarin iemand bij het op de dagvaarding te wijzen vonnis zou kunnen worden veroordeeld, niet aansprakelijk, zoo deze niet in eersten aanleg, maar later in hooger beroep in de kosten wordt verwezen.

(1) TROPLONG, n. 151 en v. — (2) TROPLONG, n. 156. — (3) TROPLONG, n. 157. — (4) MALLEVILLE, IV, bl. 109; DE PINTO, II, § 1039, bl. 488; 3e uitg. § 1099, bl. 605. — (5) POTHIER, n. 104; DURANTON, XVIII, n. 321; TROPLONG, n. 158 en v. — (6) TROPLONG, n. 166 en v. — (7) TROPLONG, n. 169. — (8) Verg. POTHIER, n. 405; TROPLONG, n. 164 en v., 168.

voor alle kosten, welke hij aanwendt, maar alleen voor die der tegen den hoofdschuldenaar gedane regtsvordering, en tot alle zoodanige, welke gemaakt zijn, nadat de borg deswege is aangemaand. De tegen den hoofdschuldenaar gedane regtsvordering, in art. 2016 C. N. „la première demande" genoemd, hetzij zij strekken zal om voldoening te erlangen, of slechts tot stuiting der verjaring, is een regtstreeksch en noodzakelijk gevolg van het niet gereedelijk voldoen der verbindtenis; voor de kosten deswege is de borg mede verbonden, onafhankelijk van eenige tegen hem gerigte aanmaning. Verdere kosten tegen den hoofdschuldenaar zouden misschien door den borg overbodig zijn gemaakt, zoo hij van de vervolging kennis had gedragen; en dat men hem daarvan onkundig heeft gelaten, moet hem nu niet tot schade strekken. Daarom komen na de kosten der regtsvordering tegen den hoofdschuldenaar, en die zich tot het instellen der vordering bepalen, alleen die kosten ten laste van den borg, welke gemaakt zijn nadat hij deswege is aangemaand (1), of met andere woorden, nadat die regtsvordering te zijner kennisse is gebragt (2).

866. Wij hebben gezien, dat de borgtogt is eene bijkomende overeenkomst, tot wier geldig bestaan eene geldige hoofdverbindtenis noodig is. De borg verschilt hierin zeer van hem, die voor een' ander instaat of zich sterk maakt. Men kan instaan of zich sterk maken voor iemand, die in geenen deele verbonden is, en beloven, dat hij iets doen zal, waartoe hij zich niet heeft verpligt, of dat hij eene nietige verbindtenis zonder tegenspraak zal nakomen. Men gaat daarbij eene zelfstandige verbindtenis aan, niet tot voldoening der schuld van een' ander, maar tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, voor het geval, dat een ander niet doet, wat men zelf beloofd had, dat hij zou doen (3).

867. De borg verbindt zich om te voldoen aan de verbindtenis van den schuldenaar, indien deze niet zelf daaraan voldoet (4). Hij staat dus niet op dezelfde lijn met den hoofdschuldenaar, maar is van dezen wel onderscheiden. Wel behoeft de schuldeischer niet te doen blijken van den onwil of het onvermogen des schuldenaars, alvorens den borg te kunnen aanspreken, en art. 1870 B. W. zegt uitdrukkelijk, dat de schuldeischer niet verpligt is den hoofdschuldenaar eerst uit te winnen, dan wanneer de borg, op de eerste geregtelijke tegen hem gerigte aanspraak, zulks vordert; maar deze kan dan toch ook

---

(1) Art. 2016 C. N. spreekt van „ceux, postérieurs à la dénonciation qui en (de la première demande) est faite à la caution." In de officiële vertaling was hiervoor gesteld: „nadat de borg *aangemaand* is." — (2) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 288; DURANTON, XVIII, n. 321; TROPLONG, n. 163. — (3) Verg. TROPLONG, n. 29 en v.; ZACHARIAE, II, § 423, bl. 63 en n. 7. — (4) Verg. TROPLONG, n. 23; LIPMAN, bl. 553.

zulks vorderen, en is, volgens art. 1868 B. W., in den regel niet tot betaling gehouden, dan bij gebreke van den schuldenaar, wiens goederen vooraf moeten uitgewonnen worden. De verpligting van den hoofdschuldenaar wordt dus door die van den borg niet verzwakt, en die van den borg is slechts van subsidiairen aard.

868. Maar de borg kan ook van dat voorregt van uitwinning afstand doen; hij kan zich ook hoofdelijk met den schuldenaar verbinden. In zoodanig geval is de borg, ook wel zelfschuldige genaamd, tegenover den schuldeischer op gelijke wijze aansprakelijk als de hoofdschuldenaar, en even alsof hij een hoofdelijke schuldenaar was. Maar met uitzondering dier aansprakelijkheid blijft hij desniettemin geheel borg (1); hij blijft dit tegenover den schuldenaar, wiens medeschuldenaar hij niet is, maar tegen wien hij al de regten kan doen gelden, die de wet den borg tegenover den hoofdschuldenaar toekent; hij blijft dit ook tegenover den schuldeischer, en de bepalingen omtrent het te niet gaan van borgtogt gelden ook voor hem; met name ook die van art. 1885 B. W., krachtens welke hij ontslagen is, wanneer hij door toedoen van den schuldeischer niet meer kan treden in de regten, hypotheken en voorregten van dezen. Hij verschilt dus ook dan nog van den hoofdelijken medeschuldenaar, wat hij slechts zijn zou, indien hij zich met een' ander hoofdelijk als schuldenaar verbonden had, en de schuld alzoo beiden regtstreeks betrof.

869. De borgtogt strekt tot meerdere zekerheid voor de voldoening aan de verbindtenis, waartoe de borg zich casu quo persoonlijk verbindt. De waarborg, dien hij geeft, verschilt dus zeer van dien, welke door zakelijke zekerheid, door pand of hypotheek gegeven wordt. Al heeft men ook pand of hypotheek gegeven voor de schuld van een' ander, zoo is wel het verbonden goed, maar is men niet zelf voor de voldoening aansprakelijk. De borg daarentegen kan worden aangesproken alsof het zijne eigene schuld gold; men heeft tegen hem eene persoonlijke vordering en verhaal op al zijne goederen. Maar zoo hij geen goederen heeft, zoo hij de zijne vervreemdt of verpandt, zoo ontbreekt of vermindert de waarborg, even als wanneer zulks met den schuldenaar zelven het geval is (2).

870. De verbindtenis tusschen den borg en den schuldeischer ontstaat door den borgtogt zelven, mits maar de noodzakelijke voorwaarde voor haar bestaan, eene geldige hoofdverbindtenis, aanwezig zij. Wanneer de borgtogt aan het ontstaan dier verbindtenis voorafgaat, mist zij wel alle kracht, zoolang deze nog niet bestaat, maar zoodra deze geboren is, bestaat dan toch ook de verbindtenis tusschen den borg en den schuldeischer, enkel door de overeenkomst, die zij heb-

(1) Verg. 's Gravenhage 28 Julij 1853, *W.* 1450. — (2) DURANTON, XVIII, 296; TROPLONG, n. 1, 38 en v.; ZACHARIAE, II, § 423, 3°, bl. 63.

ben aangegaan, zonder dat aan eene van beide zijden iets anders behoeft te zijn geschied. De borgtogt is ook eene even geldige bron van verbindtenis als andere overeenkomsten, en wat eerst voluntatis was, wordt daarna necessitatis.

871. Die verbindtenis van den borg gaat ook op zijne erfgenamen over. Zij staat in dezen geheel gelijk met verbindtenissen, uit andere overeenkomsten ontstaan, en er was ook geen voldoende reden om te haren aanzien van den gewonen regel af te wijken. Men zou daarom art. 1863 B. W., waar zulks uitdrukkelijk wordt gezegd, als eene overbodige bepaling kunnen beschouwen. Maar even als het in de Instituten van JUSTINIANUS noodig geacht werd te zeggen, dat de fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit, omdat vroeger het tegenovergestelde was aangenomen en de verbindtenis van den borg tot zijn' persoon was bepaald, zoo was in het Fransche droit coutumier dit laatste weer gevolgd, en moest alzoo art. 2017 C. N. strekken om allen twijfel te dien aanzien weg te nemen (1). Daaruit is art. 1863 B. W. overgenomen, en heeft alzoo bevestigd, wat ook vroeger bij ons gold, en wat in het belang van het crediet, en dus van het doel zelf, waartoe de borgtogt strekken moet, bepaaldelijk gevorderd wordt.

872. De bepaling van art. 1863 B. W., hoe algemeen ook gesteld, schijnt echter hare toepassing niet te kunnen vinden in het geval, dat de borgtogt voor eene toekomstige verbindtenis is aangegaan, en deze bij het overlijden van den borg nog niet bestaat. Wij willen niet drukken op het harde en gevaarlijke, dat in eene tegenovergestelde leer voor de erfgenamen gelegen zou zijn; wij achten het ook niet noodig, hem, die zich borg stelt voor eene toekomstige schuld, als een lastgever te beschouwen. Genoeg is het, dat, nu er voor den overledene nog geene verbindtenis bestond, en hij nog geen borg was, ook geene verbindtenis, met name geene verbindtenis van den borg op zijne erfgenamen kon overgaan (2).

873. Bij het overgaan der verbindtenis op de erfgenamen is zij deelbaar en zijn deze van regtswege slechts ieder voor zijn aandeel verbonden. Ook hierin staat zij met andere verbindtenissen gelijk, en er was trouwens geen reden om te haren aanzien strenger te zijn (3).

874. Art. 2017 C. N. bepaalt, dat de verbindtenis op de erfgenamen overgaat, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée. Deze woorden zijn in art. 1863 B. W. niet overgenomen. Men begreep, volgens ASSER,

---

(1) TROPLONG, n. 170—172. Verg. DURANTON, XVIII, n. 322. — (2) Mr. D. H. LEVYSSOHN, in *Themis*, IV, bl. 123–133; VERNEDE, op art. 1863 B. W. Anders V. ASSEN, § 398, bl. 438. — (3) TROPLONG, n. 173.

dat ze hier niet te pas kwamen, omdat hier alleen van de verbindtenis wordt gehandeld, en niet van de wijze, waarop de borg of zijne erfgenamen tot de voldoening kunnen worden genoodzaakt. Ook de Regering gaf op eene vraag, waarom die woorden waren weggelaten, ten antwoord: omdat zulks tot den titel van lijfsdwang behoort (1). Teregt is echter door VERNEDE opgemerkt, dat eene uitdrukkelijke bepaling deswege in den titel van lijfsdwang niet is opgenomen (2). Minder kan ik dien schrijver toestemmen, dat uit de algemeene bewoordingen van art. 588 W. v. B. R. zou volgen, dat de lijfsdwang, waaraan de borg zou onderworpen zijn, tegen zijne erfgenamen niet kan worden uitgesproken; omdat hier wel is bepaald, dat geen lijfsdwang kan plaats hebben, behalve in de gevallen bij de twee vorige artikels (waarmede bedoeld zijn art. 585 en 586) vastgesteld enz., maar daaruit in geenen deele volgt, dat zij tegen erfgenamen niet kan worden toegepast; si, gelijk art. 2017 C. N. zegt, l'engagement était tel que la caution y fut obligée. Uit eene bepaling der wet is alzoo niet af te leiden, dat de erfgenamen van den lijfsdwang zijn vrijgesteld; de bedoeling des wetgevers is evenwel zeer zeker geweest, hen in het algemeen daarvan vrij te laten. Bij de beraadslagingen toch werd door eene der afdeelingen gevraagd, of de lijfsdwang ook kan worden uitgesproken tegen erfgenamen van daaraan onderworpen personen, en verlangd, dat hierop ontkennend zou worden geantwoord, doch tevens dat zulks in de wet zou worden uitgedrukt (3). Eene andere afdeeling deed gelijke vraag en achtte eene stellige bepaling deswege niet overbodig; waarop door de Regering werd geantwoord, dat de lijfsdwang uit zijn' aard geheel personeel is, dat de wet geene bevoegdheid geeft om dien ook tegen erfgenamen uit te oefenen, en dat hieruit van zelf volgt, dat dit niet geschieden mag (4). Wij willen de juistheid van dit antwoord voor rekening der Regering laten, en ook niet vragen, in hoe ver het in overeenstemming is met dat, hetwelk zij bij art. 1863 B. W. gaf; maar wat daarvan zij, men mag er uit afleiden, dat naar de bedoeling des wetgevers geen lijfsdwang plaats heeft tegen de erfgenamen van hem, die zelf daaraan onderworpen was. Voor het overige komt het hier aangevoerde alleen te pas, wanneer men mogt willen aannemen, dat een borg als zoodanig aan lijfsdwang onderworpen kan zijn; wij zullen echter zien, dat dit het geval niet is, en hiermede vervalt dan de vraag, of zijne erfgenamen daaraan onderworpen zijn, natuurlijk geheel.

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 413; ASSER, § 860. — (2) VERNEDE, op art. 1863 B. W. — (3) V. D. HONERT, *Handb.*, § 585, bl. 577. — (4) V. D. HONERT, 587, bl. 580. Verg. OUDEMAN, II, bl. 257, 2e uitg., bl. 252; VERNEDE, op art. 588 W. v. B. R. Zie ook *C. N. et Mot.*, VI, bl. 331; TROPLONG, n. 174.

§ 2.

Vereischten van een' borg, wanneer de schuldenaar tot borgstelling verpligt is.

875. Dat iemand zich als borg verbindt voor een' schuldenaar, kan plaats hebben zonder dat deze tot borgstelling verpligt was, of ten gevolge eener daartoe voor hem bestaande verpligting.

876. In het eerste geval kan de borg zich als zoodanig verbinden, op verzoek van den schuldenaar; hij kan het, volgens art 1860 *a* B. W., ook doen zonder daartoe door dezen aangezocht te zijn en zelfs buiten zijn' weten en tegen zijn' wil. Dit kan plaats hebben, hetzij op verlangen van den schuldeischer, aan den borg kenbaar gemaakt, hetzij uit eigen beweging. Maar hoe zich de borgstelling ook mag hebben toegedragen, de schuldeischer heeft in dit geval niets bijzonders ten aanzien van den borg te eischen en het is voldoende, dat deze bekwaam zij om zich te verbinden.

877. Meer gewoon is voorzeker het tweede geval, dat namelijk de schuldenaar verpligt was borg te stellen. Ook in dit geval kan de borg zich, hetzij op diens verzoek, hetzij zonder daartoe aangezocht te zijn, uit eigen beweging als zoodanig verbinden; maar voor dit geval heeft de wetgever zekere eigenschappen voorgeschreven als vereischten in den borg, zal de schuldenaar geacht worden aan zijne verpligting voldaan te hebben. Hierom was het noodig, de beide gevallen te onderscheiden; hierom is het ook noodig te weten, wanneer die verpligting voor den schuldenaar bestaat, en waaruit zij voortspruit. Wij merken hierbij nog aan, dat het geval van verpligte borgstelling bepaaldelijk het onderwerp is van art. 1864—1867 B. W.

878. Die verpligting kan uit drie onderscheidene bronnen voortvloeijen: uit overeenkomst, uit de wet en uit eene regterlijke uitspraak (1). In alle drie gevallen ontstaat de verbindtenis tusschen den borg en den schuldeischer door den borgtogt, en dus uit overeenkomst. In alle drie gevallen zijn ook de verpligtingen der borgen dezelfde en even uitgebreid. En ofschoon de verpligting van den schuldenaar tot borgstelling niet in alle drie gevallen geheel dezelfde is, blijkens art. 1866 *b* en 1867 B. W., zoo bestaat de verpligting zelve toch in alle. Wij meenen ons dus niet te mogen vereenigen met de

(1) POTHIER, n. 386, spreekt van drie onderscheidene soorten van borgen, „les cautions purement conventionnelles, les légales et les judiciaires." Ook ZACHARIAE, II, § 425, bl. 54, zegt, dat „le cautionnement est conventionnel, légal et judiciaire." Zij passen op borgtogt in het algemeen eene onderscheiding toe, die wij vermeenen alleen in verband te moeten brengen met de verpligting tot het stellen van een' borg, en die anders ook geen praktisch nut schijnt te hebben.

voorstelling van den heer VAN ASSEN (1), die, vrijwilligen en noodzakelijken borgtogt onderscheidende, den eersten uit overeenkomst, den laatsten uit kracht der wet en uit kracht eener regterlijke uitspraak laat plaats hebben. De verpligting tot borgstelling kan evenzeer uit overeenkomst als uit de wet of eene regterlijke uitspraak voortspruiten. Zoo spreekt dan ook art. 1864 B. W. in het algemeen van den schuldenaar, die verpligt is borg te stellen, en art. 1867 van hem, die door de wet of ten gevolge van een regterlijk gewijsde verpligt is een' borg te stellen; niet om daarmede hetzelfde te kennen te geven, — men zou dan in het laatste artikel een voorbeeld van vrij ongepasten pleonasmus vinden, — maar omdat men een wezenlijk verschil zag tusschen de beide uitdrukkingen, waarvan de eene paste bij de algemeene bedoeling van art. 1864, de andere bij de meer beperkte strekking van art. 1867.

879. De overeenkomst, waaruit de verpligting tot borgstelling ontspruit, is natuurlijk eene geheel andere dan de borgtogt zelf, die tusschen den borg en den schuldeischer wordt aangegaan. Zij is vreemd aan den borg en gaat aan zijne verbindtenis vooraf; zij is eene overeenkomst tusschen den schuldenaar en den schuldeischer, waarbij gene zich jegens dezen verbindt tot het stellen van een' borg, die zich nevens hem zal verbinden voor de voldoening zijner schuld. — Uit de wet spruit de verpligting voort, niet slechts waar deze bepaaldelijk borgstelling, maar ook waar zij in het algemeen het stellen van zekerheid (art. 866, 1080 B. W., art. 152 W. v. B. R.) of wel van persoonlijke of zakelijke zekerheid (art. 528, 831, 836, 1025 *b* B. W.) voorschrijft. Wanneer dan hij, die zoodanige zekerheid moet geven, zulks wil doen door borg te stellen, moet, even als het stellen van zekerheid in het algemeen dit was, zoo ook in het bijzonder die borgstelling als verpligt beschouwd en dienovereenkomstig beoordeeld worden. Uit kracht eener regterlijke uitspraaak, — van een regterlijk gewijsde, gelijk art. 1867 minder juist zegt, daar het juist geen uitspraak in het hoogste ressort behoeft te zijn (2), — ontstaat de verpligting, wanneer bij vonnis het stellen van een' borg wordt gelast; b. v. bij de voorloopige tenuitvoerlegging van het vonnis niettegenstaande hooger beroep of verzet, volgens art. 52, 53, 315 W. v. B. R.; wanneer de voorzitter der regtbank, verlof verleenende tot het leggen van arrest in handen van den schuldenaar of van arrest onder derden, overeenkomstig art. 729 en 735 *c* W. v. B. R., het stellen van zekerheid gelast, enz.

880. De vereischten, die een borg moet bezitten, zal de schuld-

---

(1) V. ASSEN, § 399, bl. 439. Verg. ook CHABOT DE L'ALLIER, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 331. — (2) V. ASSEN, in *Themis*, 2, IV, bl. 116 en v.

eischer met hem tevreden moeten zijn, zijn ten getale van drie opgenoemd in art. 1864 B. W. „De schuldenaar, die verpligt is borg te stellen, moet daartoe zoodanigen persoon aanbieden, die de bekwaamheid heeft om zich te verbinden, die genoegzaam gegoed is om aan de verbindtenis te kunnen voldoen, en binnen het koningrijk woonachtig is." De schuldeischer kan zich wel tevreden stellen met iemand, die deze of eene van deze vereischten mist; hij kan zich op dat gemis ook niet beroepen, wanneer hij, zonder dat te zijnen aanzien bedrog zij gepleegd, een' bepaald persoon tot borg bedongen heeft of genoegen heeft genomen met iemand, die terstond bij de overeenkomst tusschen hem en den schuldenaar zich als zoodanig heeft verbonden (1); maar anders behoeft hij geen' borg aan te nemen, die de drie opgenoemde vereischten niet in zich vereenigt.

881. Wat de bekwaamheid om zich te verbinden betreft (2), wij hebben reeds gezien, dat zij, die haar missen, in het algemeen zich niet geldig als borg kunnen verbinden; en het ligt in den aard der zaak, dat de schuldeischer, die aanspraak heeft op een' borg, niet tevreden behoeft te zijn met iemand, die, niet geldig verbonden zijnde, hem inderdaad niets baat. Voor het geval van geregtelijken borgtogt vordert art. 2040 C. N., dat de borg tevens vatbaar zij voor lijfsdwang (3); dit is echter bij ons niet voorgeschreven; de borg is bij ons niet als lijfsdwang onderworpen, en zoodanige vatbaarheid dus in het algemeen geen vereischte. En daar de wet, behalve de beide andere vereischten, slechts bekwaamheid om zich te verbinden vordert, geloof ik almede niet, dat men iemand, die de wettelijke vereischten in zich vereenigt, als borg zal kunnen weigeren en in zijne plaats een anderen eischen, op grond dat hij zou zijn van een lastig karakter en twistzieken aard (4).

882. De borg moet binnen het koningrijk woonachtig zijn. Dit is bepaald, opdat de schuldeischer niet zou kunnen worden afgescheept met iemand, die, hoezeer bekwaam om zich te verbinden en genoegzaam gegoed, evenwel wegens zijne woonplaats in den vreemde moeijelijk te vervolgen zou zijn (5). Art. 2018 C. N. vordert, dat de borg woonachtig zij „dans le ressort du tribunal d'appèl ou elle doit être donnée." Men was daarbij reeds eenigzins verder gegaan dan het Ontwerp, dat woonplaats binnen het departement vorderde, 'twelk men echter te zeer beperkend achtte (6). Art. 1874 Wetb. van 1830 vorderde woonplaats binnen het regtsgebied van het hof der provincie,

---

(1) Duranton, XVIII, n. 324; troplong, n. 201. — (2) *C N. et Mot.*, VI, bl. 319, 331; pothier, n. 387. — (3) Pothier, n. 390, 3°. — (4) Zie echter troplong, n. 188. — (5) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, 319; troplong, n. 190. — (6) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 289 en v.; malleville, IV, bl. 110.

waar de borgtogt moet gesteld worden. Bij de latere herziening is dit, hoezeer niet zonder tegenspraak, veranderd; uit aanmerking, gelijk de memorie van toelichting zegt, van de gemakkelijke en veelvuldige betrekkingen der inwoners van de onderscheidene provinciën onderling en het luttel bezwaar, dat daardoor zal worden geboren, een grond, die zeker de versterking niet behoefde van den zwakkeren, dien men er bijvoegde, dat in groote gewesten, zoo als Holland (vóór de splitsing), de afstand tusschen de ééne plaats der provincie veel aanzienlijker kan zijn, dan die van het eene gewest naar het andere, — maar die op zich zelf voor ons klein land, toen reeds, facto althans, tot de noordelijke provinciën beperkt, de meerdere ruimte voldoende wettigt, vooral wanneer men bedenkt, dat bij de overeenkomst der partijen van deze bepaling kan worden afgeweken (1). Door die bepaling zijn voorts ook alle geschillen afgesneden over de vraag, waar de borgtogt gesteld moet worden (2).

883. Men merke op, dat de borg, volgens art. 1864 B. W., geen Nederlander behoeft te zijn, maar slechts woonachtig binnen het koningrijk. Zijn hieronder ook de overzeesche bezittingen begrepen? De ontkennende beantwoording dezer vraag komt mij voor genoegzaam gegrond te zijn in de reden, waarom de woonplaats binnen het koningrijk gevorderd is, en door het zoo even aangevoerde uit de memorie van toelichting (3).

884. Er is ten aanzien van art. 2018 C. N. beweerd, dat de wet niet juist un domicile réel, werkelijke woonplaats, vordert, en dat het alzoo voldoende zou zijn, wanneer de borg maar woonplaats koos binnen den daar aangeduiden kring (4). Het moge waar zijn, dat de borg aan zoodanige gekozen woonplaats evenzeer als aan zijne werkelijke kan vervolgd worden; ik geloof echter niet, dat men, althans naar onze wet, in dezen eene gekozene met eene werkelijke woonplaats gelijk mag stellen. Zonder te veel kracht daaraan te hechten, dat onze wetgever niet spreekt van *woonplaats*, maar van *woonachtig zijn* binnen het koningrijk, meen ik toch, dat de wetgever, dit woonachtig zijn binnen het koningrijk als een vereischte van den borg vorderende, niet geacht mag worden zich ook met eene gekozene woonplaats binnen het koningrijk, terwijl de borg eigenlijk daarbuiten woonachtig is, te hebben willen tevreden stellen. Wordt elders, gelijk b. v. in art. 1441, 6° B. W., uitdrukkelijk de gekozene nevens de werkelijke woonplaats genoemd, veelmeer zou de wetge-

---

(1) Verg. VOORDUIN, V, bl. 413—415; ASSER, § 861; DE PINTO, II, § 1041, 3, bl. 488 en v.; 3e uitg. § 1101, 3, bl. 605; LIPMAN, bl. 554. — (2) Verg. TROPLONG, n. 191 en v. — (3) Verg. hierboven n. 696; DE PINTO, II, 3e uitg. § 1101, 3, bl. 605. — (4) TROPLONG, n. 199. Verg. DURANTON, XVIII, n. 325.

ver met zoodanige bedoeling hiervan te dezer plaatse hebben doen blijken. Ik acht mijne meening dan ook nog bevestigd door art. 1874 Wetb. van 1830, hetwelk bepaaldelijk van *vaste* woonplaats sprak, en dus ook bezwaarlijk toeliet aan eene gekozene woonplaats te denken, terwijl men daarvan wel heeft willen afwijken ten aanzien der uitgestrektheid, maar hierbij geene aanleiding gegeven heeft om eene gekozene woonplaats voldoende te achten.

885. De borg moet ook nog zijn genoegzaam gegoed om aan de verbindtenis te kunnen voldoen; anders toch zou hij een geringen waarborg voor den schuldeischer opleveren en niet beantwoorden aan het doel, waartoe hij moest worden gesteld (1). Die gegoedheid moet in verband beschouwd worden met de hoegrootheid der schuld. Ingeval van verschil van meening deswege tusschen den schuldeischer en den schuldenaar moet natuurlijk de regter beslissen.

886. Te dien aanzien schrijft art. 1865 B. W. nog voor, dat de gegoedheid van een' borg in den regel alleen wordt beoordeeld naar zijne vaste goederen of inschrijvingen op het grootboek der nationale werkelijke schuld, uitgezonderd in zaken van koophandel, en wanneer de schuld eene geringe som bedraagt.

887. In het laatste geval is wel ook de genoegzame gegoedheid van den borg een vereischte, maar meende men daarvoor niet zulke zekere waarborgen te moeten vorderen, die trouwens ook wel moeijelijk zouden te verkrijgen zijn. In zaken van koophandel wordt in het algemeen iemands krediet niet naar zijne vaste goederen beoordeeld, maar veelmeer naar de soliditeit, aan zijn' handel toegeschreven (2). De gegoedheid der kooplieden is slechts zelden in het bezit van vaste goederen zigtbaar; en zoo men nu ook hier dat bezit als een vereischte in den borg wilde beschouwen, zou de koopman zijn' borg veelal buiten den handelstand moeten zoeken. — De uitzonderingen, hier als zoodanig vermeld, mogen intusschen niet worden uitgebreid; men mag dus op grond daarvan niet beweren, dat een geaccrediteerd koopman, maar zonder vaste goederen of inschrijvingen op het grootboek, geacht moet worden de wettelijke vereischten te bezitten als borg ook voor gewone schulden. De uitzondering is niet gemaakt voor den koopman, maar voor zaken van koophandel, en men geeft hieraan geene te naauwe beteekenis, wanneer men haar bepaalt tot handelschulden en handelsverbindtenissen, maar men zou daaraan een onnatuurlijk ruimen zin geven, wanneer men ze opvatte, alsof er stond: wanneer de borg een koopman is (3).

888. Art. 2019 C. N. spreekt alleen van vaste goederen; zoo ook

(1) TROPLONG, 189, 203. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 331 en v.; TROPLONG, n. 206. — (3) Zie echter TROPLONG, n. 206.

art. 1875 Wetb. van 1730. Bij de latere herziening is aangenomen, dat ook inschrijvingen op het grootboek der nationale werkelijke schuld mede gerekend mogen worden, terwijl een voorstel, om dit ook tot uitgestelde schuld uit te strekken, buiten gevolg is gebleven (1). Andere roerende goederen kunnen dus niet in aanmerking komen. Men heeft een meer vasten waarborg willen geven, dan gelegen zou zijn in goederen, welke zoo gemakkelijk kunnen worden vervreemd en verdonkerd, en wier bezit reeds als voldoende titel geldt (2). Of dit echter eene voldoende reden is voor de bepaling der wet, en of het niet beter ware geweest in dezen meer aan het oordeel des regters over te laten, schijnt niet zonder grond betwijfeld te kunnen worden bij het steeds toenemend gewigt van roerend vermogen (3), en men schijnt ook niet ongeregtigd tot de vraag, of daarbij wel genoegzaam in het oog is gehouden, dat het hier geene zakelijke, maar persoonlijke zekerheid geldt, zoodat het minder vast bezit dier voorwerpen van des borgs vermogen hier inderdaad minder afdoet.

889. De wetgever is nog verder gegaan en heeft niet eens alle vaste goederen van den borg in aanmerking willen laten nemen. „Men kan geen acht slaan," zegt art. 1865 *b* B. W., „op onroerende goederen, waarover geschil in regten bestaat, of waarvan de uitwinning wegens derzelver verren afstand moeijelijk zoude zijn." Dit is eene beperkende bepaling, die mitsdien van strenge toepassing is en geene uitbreiding gedoogt. Om het even dus, of men bij het „immeubles litigieux" van art. 2019 C. N., behalve aan goederen, waarover reeds een proces aanhangig is, ook aan de zoodanige mogt denken, waarover waarschijnlijk een proces zal ontstaan (4), en of men zich daarbij maar zoo geheel los mogt maken van de bepaling van art. 1700 C. N., — bij ons is het zeker voor de toepassing van art. 1865 noodig, dat er werkelijk geschil in regten bestaat.

890. Zoo mag men ook maar niet voor de woorden der wet andere in de plaats stellen, en spreken van goederen, waarop de borg slechts een regt heeft, dat vatbaar is voor ontbinding of dat betwist kan worden (5). Men houde zich integendeel aan de bepaling der wet, die, mijns inziens, ook zoodanige aanvulling niet behoeft. Zij toch spreekt van goederen, op welke geen acht geslagen mag worden; en deze mag men niet met andere vermeerderen. Maar daaruit volgt geenszins, dat goederen, waarop men slechts een ontbindbaar

---

(1) Voorduin, V, bl. 416; asser, § 863. — (2) Pothier, n. 390; C. N. et Mot., VI, bl. 331; duranton, XVIII, n. 326; schüller, op art. 1865 B. W. — (3) Troplong, n. 204. — (4) Duranton, XVIII, n. 326; troplong, n. 209 en v. — (5) Zachariae, II, § 425, bl. 65 en n. 1. Verg. duranton, t. a. p.; troplong, n. 209.

regt heeft, voor de geheele waarde, die zij op zich zelve bezitten, in aanmerking moeten komen; men kan en men moet daarbij de mindere vastheid van het regt wel degelijk in aanmerking nemen, even als men voor met hypotheek bezwaarde goederen, gelijk DURANTON zelf opmerkt, ook niet de volle, maar alleen de onbezwaarde waarde in aanmerking nemen moet, zonder dat daarom op die verbonden goederen geen acht geslagen mag worden. Gelet kan en moet op die goederen worden, ook op zulke, die de borg slechts bezit, en ten aanzien waarvan hij dus als eigenaar wordt aangemerkt; maar bij de vraag naar de gegoedheid van den borg, de vraag waarvoor zij juist in aanmerking moeten komen, worden zij op die waarde gesteld, die zij voor hem werkelijk bezitten.

891. Wat de groote moeijelijkheid der uitwinning betreft wegens den verren afstand, men zou met regt betwijfelen, of onze wetgever voor ons klein land daarin wel eene reden had moeten zien om te verbieden, dat op sommige goederen van den borg acht gegeven worde. Te meer geldt dit, daar art. 1864 slechts vordert, dat de borg in het koningrijk woonachtig zij, en het dus meer consequent zou geweest zijn, zoo men in art. 1865 alleen acht had willen laten slaan op goederen, gelegen in het koningrijk; terwijl het slot van dit artikel bepaald inconsequent is in vergelijking met het slot van art. 1871 *b* B. W., waar gezegd wordt, dat de borg, die, de uitwinning van den hoofdschuldenaar vorderende, goederen van dezen wil aanwijzen, geene aanwijzing doen kan van die, welke buiten het koningrijk zijn gelegen, omdat men begreep, dat van deze, maar ook alleen van deze, de uitwinning al te moeijelijk zou zijn. Hoe het zij, bij ons kan geen sprake meer zijn van een bepaalden kring, maar is de beoordeeling, of de verre afstand de uitwinning van zekere goederen te moeijelijk zou maken, geheel aan den regter overgelaten (1). En ik geloof, dat deze, zoo hij op zich zelf in den grootsten afstand der goederen, altijd binnen het koningrijk, geen reden ziet om de uitwinning te moeijelijk te achten, om art. 1865 B. W. tot geene andere beslissing behoeft te komen, maar alle vrijheid heeft om ook die meest afgelegen goederen in aanmerking te nemen.

892. Wij merken ten slotte nog slechts aan, dat het genoeg is, dat de borg vaste goederen bezit, die voldoen aan het vereischte van art. 1865 B. W., zonder dat het tevens noodig zij, dat hij ze ook ten behoeve van den schuldeischer met hypotheek wil bezwaren of werkelijk bezwaart (2).

---

(1) DE PINTO, II, § 1041, 2, bl. 488; 3e uitg. § 1101, 2, bl. 605; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1865 B. W. Verg. DURANTON, XVIII, n. 327; TROPLONG, n. 211. TREILHARD, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 319 en v., en MALLEVILLE, IV, bl. 110, wijzen op „le ressort du tribunal d'appèl." — (2) TROPLONG, n. 328.

893. Wij hebben gezien, welke de vereischten zijn van den borg, met wien de schuldenaar zal kunnen volstaan, die verpligt is borg te stellen. Maar hoe, zoo een dier vereischten later ophoudt aanwezig te zijn? Ten aanzien der genoegzame gegoedheid geeft de wet op deze vraag het antwoord in art. 1866 B. W. Wanneer de borg, die door den schuldeischer vrijwillig of op regterlijke uitspraak is aangenomen, naderhand onvermogend is geworden, moet er, volgens het eerste lid, een nieuwe borg gesteld worden. Deze bepaling is overgenomen uit art. 2020 C. N., waarover bij de beraadslaging nog al verschil van gevoelen heeft bestaan (1). Zij is alleszins billijk, wanneer men bedenkt, dat zij in naauw verband staat met de beide voorgaande artikelen en dus alleen ziet op het geval, dat de schuldenaar verpligt is borg te stellen, hetzij hij daartoe verpligt is volgens overeenkomst of wel uit kracht der wet of eener regterlijke uitspraak, zoodat de schuldeischer regt heeft op een' borg, d. i. op een voldoenden borg (2).

894. Het is daarbij, volgens art. 1866 *a* B. W., onverschillig, of de borg door den schuldeischer vrijwillig of op regterlijke uitspraak is aangenomen; en deze woorden zien natuurlijk niet op het al of niet bestaan der verpligting tot borgstelling, maar alleen op de aanneming van den borg, die ten gevolge dier verpligting is gesteld. Het is onverschillig, of de schuldeischer zelf met den gestelden borg genoegen heeft genomen, dan of bij regterlijke uitspraak is beslist, dat hij aan de vereischten der wet voldeed; trouwens, zoowel de vrijwillige aanneming als die regterlijke uitspraak was gegrond op de genoegzame gegoedheid van den borg.

895. Art. 1866 *a* B. W. veronderstelt, dat de borg naderhand, d. i. na de borgstelling en de aanneming van den borg, onvermogend is geworden; zoo hij het reeds vroeger was, kan de schuldeischer daarop niet terugkomen, tenzij er bedrog te zijnen opzigte heeft plaats gehad (3). Wat het onvermogend worden betreft, het spreekt van zelf, dat niet iedere vermindering van het vermogen des borgs eene reden kan zijn om art. 1866 toe te passen. Aan den anderen kant zal men echter ook niet al te streng op het woord moeten drukken, alsof het noodig zou wezen, dat de borg geheel onvermogend zij geworden. Men zal, mijns bedunkens, deze bepaling ook in zoo ver in verband moeten beschouwen met die van art. 1864 B. W., dat, gelijk hier gevorderd wordt, dat de borg genoegzaam gegoed zij om aan de verbindtenis te kunnen voldoen, hij in den zin van art. 1866 als on-

---

(1) Zie *Conf. du C. C.*, VI, bl 290—297; MALLEVILLE, IV, bl. 111 en v. — (2) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 320, 332, 364; POTHIER, n. 391. Verg. TROPLONG, n. 212 en v. — (3) DURANTON, XVIII, n. 329.

vermogend beschouwd moet worden, wanneer hij daartoe niet meer genoegzaam gegoed is. Neemt men dit niet aan, dan zal het gewis zeer moeijelijk worden eene grens te trekken, die de al of niet-toepasselijkheid onzer bepaling kan aanwijzen. TROPLONG, die van eene andere meening is en vordert, dat de waarborg geheel moet ontbreken, leert tevens, dat, waar hij verminderd is, eene gedeeltelijke aanvulling door de toevoeging van een anderen borg kan gevorderd worden (1). Hij beroept zich daarbij op hetgeen art. 2131 C. N. ten aanzien van hypotheek bepaalt; eene bepaling, die echter ten aanzien van borgtogt niet is gemaakt, en bovendien bij ons niet alzoo is overgenomen. De juistheid bestrijdende zijner opvatting van de bepaling, die wij hier behandelen, erken ik natuurlijk gereedelijk, dat de gestelde borg zich niet ontheven kan achten, omdat hij niet meer genoegzaam gegoed is; ik erken dus tevens, dat partijen kunnen overeenkomen over het stellen van een nieuwen borg nevens den ouden; ik wil zelfs art. 1866 niet zoo streng opvatten, alsof de nieuwe borg volstrekt in de plaats van den ouden zou moeten komen, en dus ook zelf genoegzaam gegoed moet zijn om aan de verbindtenis in haar geheel te voldoen; — maar ik beweer tevens, dat de schuldeischer onder die omstandigheden een nieuwen borg kan vorderen, zonder in die vordering niet-ontvankelijk te zijn, wat een gevolg zou moeten wezen van de leer van TROPLONG.

896. De wet spreekt alleen van het geval, dat de borg onvermogend is geworden, niet van eene overbrenging zijner woonplaats buiten het koningrijk. Daar men intusschen in art. 1866 *a* B. W. slechts een natuurlijk gevolg schijnt te moeten zien der bepaling van art. 1864, strekkende om het doel dezer bepaling te verzekeren, zal men, mijns bedunkens, uit het stilzwijgen der wet omtrent die woonplaats-verandering volstrekt niet moeten afleiden, dat de schuldeischer desniettemin met zijn' borg tevreden moet zijn. Hij heeft regt op een' borg, die genoegzaam gegoed en in het koningrijk woonachtig is; daarom kan hij een nieuwen vorderen, wanneer de gestelde borg naderhand niet meer genoegzaam gegoed is; daarom moet hij eveneens een nieuwen kunnen vorderen, wanneer de borg niet meer in het koningrijk woonachtig is. Dat de wet zulks in het eene geval uitdrukkelijk voorschrijft en in het andere niet, is geene afdoende reden om hetzelfde hier niet aan te nemen. Het kan ook niet de vraag zijn, of de schuldeischer hierbij wel zooveel belang heeft als bij het genoegzaam vermogen van den borg; zeker toch is het, dat de wet het eene zoowel als het ander als een vereischte in den borg



(1) TROPLONG, n. 217 en v.

heeft voorgesteld. Ik stem dus niet in met TROPLONG (1), wanneer hij in die woonplaats-verandering geene reden ziet tot het stellen van een anderen borg; maar even weinig, wanneer hij beweert, dat de schuldeischer den borg kan noodzaken, zijne oude woonplaats te hernemen, of binnen den bepaalden kring woonplaats te kiezen. Dit is in niets gegrond, en de schuldeischer dus tegenover den borg tot zoodanige vordering niet geregtigd. Maar ik stem ook niet in met hen, die beweren, dat zoodanige keuze van woonplaats de vordering van een nieuwen borg kan uitsluiten, die zij anders op grond dier woonplaats-verandering als gegrond beschouwen (2), omdat, gelijk wij hierboven (n. 884) zagen, mijns bedunkens in art. 1864 B. W. bepaaldelijk wordt gevorderd, dat de borg hier werkelijk woonachtig zij, en daarvoor eene gekozene woonplaats niet met regt kan worden in de plaats gesteld.

897. De wet spreekt eveneens niet van het geval, dat de borg later onbekwaam is geworden om zich te verbinden; maar dit was ook niet noodig, omdat het genoeg is, dat hij bekwaam was, toen hij zich verbond, en hij dan, niettegenstaande eene later opkomende onbekwaamheid, verbonden blijft.

898. De wet spreekt eveneens niet van het geval, dat de borg sterft; maar ook dat was niet noodig, daar zijne verbindtenis dan, volgens art. 1863 B. W., op zijne erfgenamen overgaat, — in wier plaats, zoo zij onvermogend mogten zijn of worden, natuurlijk ook volgens art. 1866 een nieuwe borg gesteld moet worden, — omdat zij den ouden borg geheel vertegenwoordigen en in diens plaats komen. Wanneer de schuldenaar zelf erfgenaam van den borg wordt, blijft er wel geen afzonderlijke borg meer bestaan; maar behalve dat de schuldeischer gebruik kan maken van het regt, hem in art. 1153 en v. B. W. gegeven, om te vorderen, dat de boedel van den overledene worde afgescheiden van dien des erfgenaams (3), is nu ook het vermogen des schuldenaars met dat van den borg vermeerderd. Was gene met anderen erfgenaam van dezen, zoo blijven die anderen als borgen verbonden. In geen geval kan de schuldeischer daarom een nieuwen borg vorderen, en even weinig kan hij dit, wanneer de borg erfgenaam is geworden van den schuldenaar, al belette hij ook niet door eene aanvaarding onder het voorregt van boedelbeschrijving de vermenging zijner goederen met die der nalatenschap.

899. Op de bepaling van art. 1866 *a* B. W., dat er een nieuwe borg gesteld moet worden, zoo de gestelde later onvermogend is geworden, stelt het tweede lid eene uitzondering vast, die wij niet

---

(1) TROPLONG, n. 200, 222. — (2) DURANTON, XVIII, n. 325; ZACHARIAE, II, § 425, bl. 65. — (3) TROPLONG, n. 220.

aarzelen eveneens toe te passen op het geval, dat de borg ophoudt binnen het koningrijk woonachtig te zijn. Die uitzondering bestaat in geval de borg gesteld is ten gevolge eener overeenkomst, waarbij de schuldeischer een bepaalden persoon tot borg gevorderd heeft. De wet zegt uitdrukkelijk, dat de regel *alleenlijk* in dat geval uitzondering lijdt, en zoo zeide ook CHABOT DE L'ALLIER, dat er slechts één geval bestaat, waarin het stellen van een nieuwen borg niet te pas komt, wanneer namelijk de schuldeischer zelf den borg heeft aangewezen en met name gevorderd (1). De enkele aanneming van een' borg valt dus niet in de termen der uitzondering, zij valt zelfs bepaald in den regel van het eerste lid.

900. TROPLONG laat eene andere uitzondering toe voor het geval, dat de schuldenaar zich verbonden heeft onder het stellen van een bepaalden borg (2). Ook POTHIER en MALLEVILLE zijn van meening, dat er geen nieuwe borg gesteld behoeft te worden, wanneer men zich verbindt onder het stellen van een bepaalden borg, of zich verpligt om een' bepaald persoon tot borg te stellen (3). Deze leer vindt tegenspraak bij ZACHARIAE, op grond van de bepaling der wet en de geschiedenis der beraadslaging (4). Mijns bedunkens moet de beslissing in dezen van de omstandigheden afhangen. Lag het in de bedoeling der partijen, dat bepaaldelijk de gestelde borg, en geen ander, gesteld zou worden, dan moge het geval niet regtstreeks vallen in de termen van art. 1866 *b* B. W., het valt ook niet in de termen van art. 1864 B. W. met dat gevolg, dat de schuldenaar in het algemeen tot het stellen van een voldoenden borg verpligt zou zijn, en de uitzondering behoeft dus geene toepassing te vinden, omdat de regel zelf niet te pas komt. Lag het echter in de bedoeling van partijen, dat de schuldenaar een' borg zou stellen, zoo kan de gelijktijdigheid der borgstelling, of het noemen van een bepaalden borg, met wien de schuldeischer slechts genoegen heeft genomen, dezen niet verhinderen een nieuwen borg te vragen, omdat hij onder die omstandigheden niet gezegd kan worden den bepaalden persoon tot borg *gevorderd* te hebben.

901. Het is mogelijk, dat hij, die verpligt is borg te stellen, geen' borg kan vinden. Voor zoo ver die verpligting ontstaan is uit de wet of uit eene regterlijke uitspraak (een regterlijk gewijsde), voorziet art. 1867 B. W. daarin, en bepaalt, dat de schuldenaar volstaan kan met in plaats daarvan een pand of hypotheek te geven. Wet of regterlijke uitspraak legden hem die verpligting slechts op in

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 332 en v. Verg. DURANTON, XVIII, n. 329 en n. — (2) TROPLONG, n. 216. — (3) POTHIER, n. 391; MALLEVILLE, IV, bl. 111 en v. — (4) ZACHARIAE, II, § 425, bl. 65, n. 4.

het belang en tot zekerheid van den schuldeischer, die door zakelijke 'zekerheid evenzeer gewaarborgd wordt (1). Met opzet heeft echter de wetgever zijne bepaling beperkt tot de verpligting, die uit de daar genoemde oorzaken is ontstaan; wanneer zij gegrond is in overeenkomst, wanneer de schuldeischer borgstelling heeft bedongen, en de schuldenaar borgstêlling beloofd, waaraan gene misschien wegens het meer gemakkelijke eener vervolging de voorkeur gaf, dan geldt zulks tusschen partijen als wet; dan ontstaat daaruit eene verbindtenis, die zelfs de wetgever onaangeroerd laat; dan kan de schuldenaar niet met iets anders volstaan (2).

902. Art. 2041 C. N. laat alleen toe pand te geven, „un gage ou nantissement suffisant." Verschillend werd er gedacht over de vraag, of de schuldenaar ook kon volstaan met hypotheek te verleenen, wat de een als geoorloofd, de ander, wegens de meer moeijelijke uitwinning, als ongeoorloofd beschouwde (3). Onze wetgever heeft aan die vraag een einde gemaakt door haar bevestigend te beslissen (4). Wij merken nog slechts aan, dat art. 1867 B. W. evenzeer zijne toepassing vindt, wanneer de schuldenaar een nieuwen borg moet stellen, als bij de eerste voldoening aan zijne verpligting.

903. Het is intusschen mogelijk, dat hij, die krachtens overeenkomst tot het stellen van een' borg verpligt is, almede geen voldoenden borg kan vinden. Art. 1867 B. W. belet natuurlijk den schuldeischer niet, in dat geval zich met pand of hypotheek te vergenoegen, zoo de schuldenaar die geven kan. Zoo hij dat echter niet wil, of zoo deze ook dit niet kan of niet wil doen, kan de schuldeischer, overeenkomstig art. 1302 B. W., ontbinding vragen der overeenkomst, tusschen hem en den schuldenaar aangegaan (5).

904. Zoo hij, die volgens de wet of krachtens regterlijke uitspraak borg moet stellen, noch een' borg kan vinden, noch een voldoend pand of hypotheek kan geven, en echter zijne tegenpartij daarop blijft aandringen, blijft hem niets anders over dan verstoken te zijn van het regt, dat van zijne borgstelling afhankelijk was gemaakt.

---

(1) Verg. POTHIER, n. 592. — (2) TROPLONG, n. 202, 591; ZACHARIAE, II, § 425, bl. 65; DE PINTO, II, § 1043, bl. 489; 3e uitg. § 1103, bl. 605; SCHÜLLER, op art. 1867 B. W. — (3) Bevestigend antwoorden: TOULLIER, III, n. 422; DURANTON, IV, n. 603; PIGEAU, *Lois de la proc. civ.*, liv. II, part 5, tit. 4, chap. 2, II, bl. 308 en v.; ontkennend: ZACHARIAE, II, § 425, bl. 65; TROPLONG, *Des hypothèques*, n. 941, die echter, *Du cautionnement*, n. 492, meer tot het andere gevoelen schijnt over te hellen. — (4) ASSER, § 863; LIPMAN, bl. 554. — (5) DURANTON, XVIII, n. 330.

AFDEELING II.

Van de gevolgen van borgtogt tusschen den schuldeischer en den borg.

§ 3.

Verpligting van den borg. Voorregt van uitwinning.

905. In den C. N. handelt een tweede hoofdstuk van onzen titel over het gevolg van den borgtogt, en wel in eene eerste afdeeling over het gevolg des borgtogts tusschen den schuldeischer en den borg, in eene tweede van zijn gevolg tusschen den schuldenaar en den borg, en in eene derde over dat tusschen de mede-borgen. Onze wetgever, die geene andere indeeling der titels, dan in afdeelingen, heeft aangenomen, heeft ook hier die meer stelselmatige verdeeling niet gevolgd, maar in twee, niet tot een geheel verbondene afdeelingen behandeld, in de eene het onderwerp der eerste, in de andere dat der beide andere genoemde afdeelingen van den C. N. — Wij zullen bij de behandeling der tweede afdeeling eerst de verpligting van den borg, in verband met het hem toegekende voorregt van uitwinning, beschouwen, en daarna de verpligting der borgen, wanneer er meer dan één verbonden zijn, voor dezelfde schuld.

906. De borg is jegens den schuldeischer, aan wien hij zich verbonden heeft, verpligt om aan de verbindtenis van den schuldenaar te voldoen, indien deze niet zelf daaraan voldoet. Hij kan dus ook door den schuldeischer tot voldoening der schuld des noods in regten worden aangesproken, even als de schuldenaar zelf dit kan. Het eenige onderscheid, dat tusschen den borg en den schuldenaar te dien opzigte bestaat, is dit, dat gene, alvorens te voldoen en tot voldoening veroordeeld te worden, vorderen kan, dat vooraf de goederen van dezen worden uitgewonnen. Overigens kan hij evenzeer tot betaling veroordeeld worden als de schuldenaar zelf.

907. Kan tegen den borg ook lijfsdwang worden uitgesproken? Wij aarzelen niet, deze vraag naar onze wet in het algemeen ontkennend te beantwoorden. Volgens art. 2060, 5° C. N. (1) was lijfsdwang toegelaten „contre les cautions judiciaires et contre les cautions des contraignables par corps, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte"; maar deze bepaling is in art. 585 W. v. B. R. niet

(1) Verg. daarbij *Conf. du C. C.*, VII, bl. 11 en v.

overgenomen. En nu bepaalt art. 588 W. v. B. R. eensdeels, dat, behalve in de gevallen bij de twee vorige artikels (d. i. art. 585 en 586) vastgesteld, of die welke in vervolg van tijd bij de wet mogten worden bepaald, geen lijfsdwang plaats kan hebben, en anderendeels, dat alle hiermede strijdige overeenkomsten van regtswege nietig zijn. Hieruit volgt, dat een borg zich bij overeenkomst niet aan den lijfsdwang kan onderwerpen, zoo hij daaraan krachtens de wet niet onderworpen is, en tevens dat hij dit krachtens de wet niet is, omdat geene wetsbepaling hem daaraan onderwerpt. Men zou zich toch ten onregte voor het tegenovergesteld gevoelen op art. 585 en 586 W. v. B. R. beroepen. In het laatstgenoemd artikel worden bepaaldelijk de personen genoemd, tegen wie ter zake der daar vermelde handelingen lijfsdwang plaats kan hebben; in art. 585, 6°, 7° en 10° is dit eveneens het geval; en wat de overige hier uitgedrukte gevallen betreft, kan het eveneens naauwelijks twijfelachtig zijn, dat ook daar de eigenlijke schuldenaren zijn bedoeld. Daarom achtte de Fransche wetgever de uitdrukkelijke bepaling van art. 2060, 5° C. N. noodig; daarom onderwierp hij ook zelfs „les cautions des contraignables par corps" niet aan lijfsdwang, dan alleen „lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte." En daar nu die geheele bepaling bij ons is weggevallen, is daardoor ook de lijfsdwang tegen den borg uitgesloten. Dit geldt zelfs voor den borg, die zich als zoodanig hoofdelijk met den hoofdschuldenaar heeft verbonden; hij blijft niettemin borg.

908. Er zijn, die beweren, dat de schuldeischer, om met regt den borg te kunnen vervolgen, eerst den schuldenaar in gebreke moet stellen, zoo deze althans niet uit kracht der verbindtenis zelve in gebreke is; dat hij anders niet-ontvankelijk is in zijn' eisch tegen den borg, en de kosten moet dragen zijner ontijdige vervolging van dezen (1). Anderen zijn echter van een tegenovergesteld gevoelen, dat mij voorkomt het ware te zijn (2). Nergens in de wet is het althans uitdrukkelijk bepaald, dat de borg niet kan worden vervolgd, tenzij de schuldenaar in gebreke zij gesteld. En terwijl het aan den eenen kant niet aannemelijk is, dat de wetgever, indien zulks werkelijk zijne bedoeling ware geweest, die niet duidelijk zou hebben

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 331; DE PINTO, II, § 1044, bl. 489; 3e uitg. § 1104, bl. 606; SCHÜLLER, op art. 1869 B. W.; VERNEDE, op art. 1868 en v. B. W.; V. ASSEN, § 401, bl. 441; OPZOOMER, III, bl. 234, die zelfs, zonder van eenig verschil van meening te gewagen, beweert, dat het in den aard van den borgtogt ligt, dat de schuldenaar eerst moet worden aangesproken. — (2) TROPLONG, n. 232; ZACHARIAE, II, § 426, bl. 65 en n. 9; H. R. 29 Nov. 1844, (verg. concl. v. d. proc.-gen.), *W.* 565; V. D. H., *B. R.*, VI, bl. 177 en v.

uitgedrukt, kan aan den anderen kant het regt om den borg te vervolgen niet aan die voorwaarde verbonden worden, wanneer het niet door de wet zelve aldus is beperkt. Men beroept zich hier wel is waar op de woorden van art. 1857 B. W., „indien deze niet zelf daaraan voldoet," en op die van art. 1868 B. W. „bij gebreke van den schuldenaar"; maar terwijl het natuurlijk is, dat de borg niet kan worden vervolgd, wanneer de schuldenaar voldaan heeft, kan daarom nog uit geene dier bepalingen worden afgeleid, dat de schuldenaar juist in gebreke moet zijn alvorens de borg kan worden aangesproken. Wat art. 1857 betreft, het zegt niet: indien deze niet zelf daaraan *voldaan heeft*, maar indien deze niet zelf voldoet; en dat nu de schuldenaar aan de verbindtenis niet voldoet, niet kan of wil of zal voldoen, kan ook uit de omstandigheid niet blijken, dat hij in gebreke is. Maar uit eene aanmaning van den schuldenaar, die voor ingebreke-stelling gelden moet, kan zelfs niet met zekerheid worden afgeleid, wat de verdedigers van het eerstgemeld gevoelen daardoor bewezen willen zien, dat de schuldenaar werkelijk niet betaald heeft. Vooreerst sluit het feit der aanmaning eene vroegere voldoening niet volstrekt uit, en kan die eenzijdige daad van den schuldeischer tegenover den borg niet als voldoend bewijs gelden, dat de aanmaning niet overbodig en de schuld niet voldaan was. Ten anderen levert die aanmaning almede het bewijs niet op, dat zij vruchteloos is gebleven, en de betaling der schuld ook niet daarna, vóór de vervolging van den borg, heeft plaats gehad. De slotwoorden van art. 1857 kunnen dus niet bewijzen, dat eene ingebreke-stelling noodzakelijk is. Maar art. 1868 bewijst het even weinig; het spreekt niet van het in gebreke zijn van den schuldenaar ten aanzien der voldoening, maar zegt, dat de borg tot betaling verpligt is, bij gebreke van den schuldenaar. Naar het gewone spraakgebruik zou dit kunnen doen denken aan ontstentenis van den schuldenaar. Blijkbaar echter beteekent het hier hetzelfde, wat in art. 1857 is uitgedrukt door de woorden: indien deze niet zelf daaraan voldoet, en vindt voorts zijne nadere verklaring in de woorden: „wiens goederen vooraf moeten uitgewonnen worden; zoodat de borg in dien zin slechts bij gebreke van den schuldenaar tot voldoening gehouden is, dat hij de voorafgaande uitwinning der goederen van dezen vorderen kan. Maar de schuldeischer is desniettemin ontvankelijk in eene vordering tegen hem, zoo maar de schuldenaar zelf niet heeft betaald, en hieromtrent moet in geval van geschil het bewijs van elders gehaald worden; doch dit is geheel onafhankelijk van eene ingebreke-stelling van den schuldenaar, die eensdeels niets bewijst, en anderendeels voor de vervolging van den borg als zoodanig niet noodig is, maar het alleen zijn zou in zoodanige gevallen, waarin zij ook noodig zou wezen om van den schuldenaar zelven in regten voldoening te kunnen vorderen.

909. De borg, door den schuldeischer aangesproken, kan zich verdedigen op grond dat hij zich niet geldig als borg verbonden heeft; hij kan dit ook op grond dat de hoofdverbindtenis zelve niet geldig is, en zich volgens art. 1884 B. W. van alle exceptiën bedienen, die aan den hoofdschuldenaar toekomen en tot de schuld zelve behooren. Hij kan dus ook beweren, dat aan de hoofdverbindtenis reeds is voldaan en zij alzoo te niet is gegaan; in welk laatste geval echter door hem het bewijs moet geleverd worden van het feit, waarop hij zich beroept, even als dit bewijs ten laste zou komen van den schuldenaar zelven, tegen wien men eene overigens erkende of bewezene verbindtenis aanvoert.

910. Maar bovendien kan in den regel de borg vorderen, dat, alvorens hij tot betaling veroordeeld wordt, eerst de goederen van den schuldenaar zullen worden uitgewonnen. Dit is het beneficium discussionis of ordinis, door JUSTINIANUS aan de borgen toegekend (1) en uit het Romeinsche in het Fransche en Vaderlandsche regt overgenomen, vooral in het belang van den borg en om dezen niet meer dan noodig was lastig te vallen; voorts ter vereenvoudiging van den loop der zaak, die anders door eene betaling van den borg en diens verhaal op den hoofdschuldenaar niet alleen tot meerdere moeite, maar ligt ook tot meer geschillen en kosten aanleiding zou geven; terwijl bovendien voor de belangen der schuldeischers voldoende is gewaakt, eensdeels door die bevoegdheid niet onbepaald aan de hoedanigheid van borg te verbinden, anderendeels door daaraan zekere voorschriften te hechten en de wijze nader te regelen, waarop daarvan gebruik kan worden gemaakt (2). Daar zij intusschen niet ligt in den aard van den borgtogt zelven; maar daaraan door de wet verbonden is, draagt zij niet ongepast den naam van beneficium of voorregt, gelijk zij ook in art. 1869 B. W. wordt genoemd (3).

911. Het doel dier voorafgaande uitwinning van den hoofdschuldenaar is, dat in de eerste plaats zijne goederen zooveel mogelijk zullen worden gebezigd tot voldoening der schuld. De uitwinning bestaat in den verkoop zijner goederen, om de opbrengst tot die voldoening te laten dienen. Alle goederen van den schuldenaar, roerende zoowel als onroerende, ook onligchamelijke zaken kunnen daartoe worden aangewend, en de uitwinning kan, zoo een gedeelte niet voldoende is, al zijne goederen, die namelijk voor inbeslagneming vatbaar zijn, omvatten. Wordt daardoor de schuld geheel voldaan, zoo is de borg ontslagen; wordt zij slechts gedeeltelijk voldaan, zoo

---

(1) Nov. 4, cap. 1. Verg. POTHIER, n. 407; TROPLONG, n. 224—228. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 321, 333 en v.; TROPLONG, n. 229 en v.; DURANTON, XVIII, n. 331. — (3) DURANTON, t. a. p.; OPZOOMER, III, bl. 234. —

wordt ook hij slechts gedeeltelijk ontheven, maar dit is geen reden om de uitwinning in dat geval achterwege te laten (1).

912. Wanneer er verscheiden hoofdelijke hoofdschuldenaren zijn, voor een' van welke zich iemand als borg verbonden heeft, zoo schijnt deze niet slechts de voorafgaande uitwinning der goederen van dien éénen, maar van al die schuldenaren te kunnen vorderen. Het doel der uitwinning maakt zulks in dat geval aannemelijk; de waarborg, dien de overige schuldenaren opleveren, doet daarbij niets ter zake, want dat de borg verbonden is voor de schuld, bepaalt zich niet tot het geval, dat de schuldenaar onvermogend is. Zal nu de borg niet nodeloos lastig gevallen worden, dan is het, zoo de uitwinning der goederen van den schuldenaar, voor wien hij zich borg gesteld heeft, niet voldoende is, ook niet genoeg, dat deze wordt uitgewonnen, maar behoort dit met allen te geschieden. De borg van een' der hoofdelijke schuldenaren staat wel tegenover dezen alleen in betrekking met dengene, voor wien hij zich borg heeft gesteld, maar tegenover den schuldeischer is hij inderdaad evenzeer verbonden, alsof hij borg was voor al de hoofdelijke schuldenaren: hij moet daarom ook gelijke regten hebben. Er bestaat toch slechts ééne schuld, en hij heeft zich voor deze in haar geheel verbonden. En wanneer nu de goederen van *den schuldenaar* zullen uitgewonnen worden, dan mag men denken aan eene uitwinning der goederen van al de hoofdelijke schuldenaren, voor zoo ver die tot het doel noodzakelijk is, omdat zij allen wel ook ieder voor het geheel, maar tevens tezamen *de schuldenaar* zijn (2).

913. Het voorregt van uitwinning, het regt om te vorderen, dat vooraf de goederen van den schuldenaar zullen worden uitgewonnen, is niet aan alle borgen toegekend en niet onbepaald aan de betrekking van borg verbonden. Art. 1869 B. W. noemt eenige gevallen op, waarin de borg die voorafgaande uitwinning niet kan vorderen. Ten deele waren die gevallen ook genoemd in art. 2021 C. N., welks aanhef met ons art. 1868 overeenstemt, ten deele was daaromtrent elders voorzien, als in art. 2042 en v. C. N. Bij ons zijn, gelijk ASSER zegt, al de uitzonderingen op den regel in art. 1869 B. W. bijeengebragt (3). Wij merken hierbij nog slechts in het algemeen aan, dat de bewering, alsof in al die gevallen evenwel eene aanmaning tot betaling aan den schuldenaar zou moeten voorafgaan (4), natuurlijk ongegrond geacht moet worden, wanneer men in het alge-

---

(1) TROPLONG, n. 244. – (2) POTHIER, n. 412; TROPLONG, n. 270. — (3) ASSER, § 864, die zeker vrij ongelukkig spreekt van gevallen, waarin de borg vóór de uitwinning des schuldenaars kan worden *aangesproken*. — (4) Zie DE PINTO, SCHÜLLER en VERNEDE, aangehaald bij n. 908; voorts Hoog geregtshof in Ned. Indië 12 April 1849, *W.* 1106.

meen zoodanige aanmaning voor eene vordering tegen den borg niet noodzakelijk acht.

914. De borg kan, volgens art. 1869 B. W., niet vorderen, dat des schuldenaars goederen vooraf uitgewonnen worden, vooreerst wanneer hij van het voorregt van uitwinning afstand heeft gedaan Gelijk ieder afstand kan doen van een hem in zijn belang gegeven. regt, zoo kan ook de borg zulks ten aanzien van dit voorregt (1). De schuldeischer zal dit ook veelal van hem kunnen bedingen (2); doch hij, jegens wien de schuldenaar zich eenvoudig verpligt heeft borg te stellen, kan zoodanig beding niet als voorwaarde aan zijne goedkeuring van den borg verbinden, en iemand, die overigens aan de vereischten voldoet, afwijzen op grond, dat hij geen' afstand van het voorregt van uitwinning wil doen. Maar in elk geval kan hij, die daarvan afstand heeft gedaan, geen uitwinning vorderen. Daartoe is intusschen een bepaalde afstand noodig, duidelijk genoeg blijkende, dat omtrent de bedoeling van den borg geen twijfel kan bestaan. Aan den anderen kant is het echter niet noodig, dat zulks uitdrukkelijk geschiedt en het woord „afstand" door den borg wordt gebezigd; zoo is onder anderen de afstand genoegzaam begrepen in de verklaring van den borg, dat hij zich verbindt als hoofdschuldenaar; hij heeft zich dan strenger verbonden dan als een gewone borg; die uitdrukking zou anders geen' zin, geene uitwerking hebben (3).

915. Wanneer de borg afstand heeft gedaan van het voorregt van uitwinning, werkt, volgens art. 921 W. v. K., eene surséance van betaling, den schuldenaar toegestaan, niet in zijn voordeel, en belet dus niet, dat hij tot voldoening kan worden veroordeeld. Minder juist is echter de bewering, dat de borg, die geen' afstand heeft gedaan, niet kan worden aangesproken, zoolang de surséance de uitwinning van den hoofdschuldenaar belet (4). Aangesproken kan hij wel worden, maar hij kan de voorafgaande uitwinning van den schuldenaar vorderen; en is die tijdelijk onmogelijk, zoo wordt daardoor ook zijne veroordeeling onmogelijk, waaraan de uitwinning dan moet voorafgaan.

916. Wanneer een achterborg zich heeft verbonden als borg van den borg, dan kan ook hij afstand doen van het voorregt van uitwinning. Maar welken invloed heeft op hem de afstand door den eersten borg gedaan, zoo hij zelf geen afstand gedaan heeft? TROPLONG is van meening, dat die afstand den achterborg niet aangaat (5); de juist-

(1) POTHIER, n. 408; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 321, 365; TROPLONG, n. 228 en v., 239. — (2) CHABOT DE L'ALLIER, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 334, stelt dit al te algemeen. — (3) POTHIER, n. 408; TROPLONG, n. 240. Verg. DURANTON, XVIII, n. 345. — (4) Mr. ASSER C. S., *W. v. K. met aant.*, en VERNEDE, op art. 921 W. v. K. — (5) TROPLONG, n. 242.

heid daarvan komt mij echter zeer bedenkelijk voor. Mijns bedunkens kan de achterborg dan wel de voorafgaande uitwinning van den borg, maar niet die van den hoofdschuldenaar vorderen; van dezen is hij geen borg, hij is dit enkel van den eersten borg. Maar daarom moet zijne verbindtenis zich ook rigten naar die van dezen; niet alleen zoo als zij oorspronkelijk en uit zich zelve was, maar ook zoo als zij door diens toedoen is geworden. Daarin verschilt de toestand van den achterborg van dien van een tweeden borg van den hoofdschuldenaar, wien de afstand, door een anderen borg gedaan, niet aangaat.

917. In de tweede plaats kan, volgens art. 1869 B. W., de borg niet vorderen, dat des schuldenaars goederen vooraf uitgewonnen worden, wanneer hij zich hoofdelijk met den hoofdschuldenaar verbonden heeft (1). CHABOT DE L'ALLIER beschouwde ook zoodanige verbindtenis als een stilzwijgenden afstand van het voorregt van uitwinning (2). Die verbindtenis behoeft niet juist uitdrukkelijk hoofdelijk genoemd te zijn; het is voldoende, zoo het maar blijkt, dat hoofdelijkheid door de partijen moet zijn bedoeld geweest (3).

918. Art. 1869, 2° B. W. voegt er bij, dat in dat geval de gevolgen der verbindtenis van den borg geregeld worden naar de beginselen, welke ten opzigte van hoofdelijke schulden zijn vastgesteld. Deze woorden, overgenomen uit art. 2021 C. N., maar hier geheel overbodig, hadden zeker liever achterwege moeten blijven, daar zij de duidelijkheid niet bevorderen. De heer VAN ASSEN schijnt daaruit af te leiden, dat de borg dan te gelijker tijd borg is en schuldenaar voor 't geheel (4). OPZOOMER beweert, dat het beter was geweest, zoo daar nog bijgevoegd waren de woorden: tegenover den schuldeischer; daar de borg in het bedoeld geval alleen tegenover dezen met den hoofdschuldenaar gelijk staat, maar tegenover dien schuldenaar zijn karakter van borg blijft behouden (5). DURANTON spreekt alsof zoodanige woorden er werkelijk stonden, zich beroepende op art. 1216 C. N. (art. 1331 B. W.) (6), dat hier echter niet zoo geheel van toepassing is, omdat het veronderstelt, dat verscheidene personen zich als hoofdelijke medeschuldenaren hebben verbonden; terwijl in het geval, waarvan wij spreken, slechts de een zich als schuldenaar en de ander, hoezeer dan hoofdelijk met genen, zich als

---

(1) Verg. art. 177 *b* W. v. K. en de bepaling van art. 132 aldaar, omtrent den borgtogt bij wissels, genaamd *aval*. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 365. — (3) Verg. hierboven VI, n. 260. Eene overeenkomst, waarbij zich als borg ten principale verbindt, werd als bewijs van zoodanige bedoeling erkend. H. Geregtshof 26 Julij 1823, V. HAMELSVELD, *Gewijsden* 1823, I, 31; vermeld bij VERNEDE, op art. 1869 B. W. — (4) V. ASSEN, § 401, bl. 442. — (5) OPZOOMER, III, bl. 240. — (6) DURANTON, XVIII, n. 332.

borg verbonden heeft. Meer aannemelijk komt mij daarom de uitlegging van hen (1) voor, die de bijgevoegde woorden alleen willen opvatten secundum subjectam materiam, en in betrekking tot het voorregt van uitwinning, hetwelk de borg, die zich aldus verbonden heeft, mist; zoodat de schuldeischer hem even goed als den hoofdschuldenaar tot betaling kan aanspreken en doen veroordeelen, even als, volgens art. 1319 B. W., de schuldeischer eener hoofdelijke verbindtenis dengene der schuldenaren kan aanspreken, welken hij verkiest, zonder dat deze hem het voorregt van schuldsplitsing kan tegenwerpen. Is deze opvatting juist, zoo zal uit die woorden niets kunnen worden afgeleid, waardoor de borg in andere opzigten niet als een borg, maar als een hoofdschuldenaar zou moeten beschouwd worden. Het moge waar wezen, dat met die opvatting de bedoelde woorden geheel overbodig zijn, daar zij niets bepalen, wat niet ook uit de voorafgaande woorden evenzeer voortvloeit; ik maak evenwel te minder zwarigheid om haar aan te nemen, omdat bij eene andere opvatting diezelfde woorden hier geheelenal verkeerd geplaatst zouden zijn, daar zij dan in het algemeen de regtsbetrekking van eene soort van borgen zouden regelen in een onderdeel van een artikel, hetwelk handelt over de gevallen, waarin het voorregt van uitwinning niet kan worden ingeroepen.

919. In de derde plaats kan, volgens art. 1869 B. W., het voorregt van uitwinning niet worden ingeroepen, indien de schuldenaar eene exceptie in het midden kan brengen, welke hem alleen en persoonlijk betreft. De borg kan zich, volgens art. 1884 *b* B. W., op zoodanige exceptiën niet beroepen; zij doen dus aan zijne verbindtenis niets te kort. Maar nu moest hij dan ook geene voorafgaande vervolging van den schuldenaar kunnen vorderen, waar die niet met goed gevolg kan plaats hebben. Zoo nu evenwel de borg het voorregt van uitwinning inroept tegen den schuldeischer, die hem aanspreekt, dan zal deze moeten aantoonen, dat het hier bedoeld geval bestaat; hij zal dus zelf de zwakheid der verbindtenis van den hoofdschuldenaar moeten aanwijzen, wat op zich zelf eenigzins vreemd kan schijnen, maar in dezen hem niet kan benadeelen.

920. Ten vierde kan, volgens art. 1869 B. W., de borg geene voorafgaande uitwinning vorderen, wanneer de schuldenaar zich in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen bevindt (2). Troplong schijnt dit te beschouwen als een natuurlijk gevolg der verpligting van den borg tot aanwijzing der uit te winnen goederen van

(1) Troplong, n. 241, 522; Zachariae, II, § 426, bl. 66, n. 7. — (2) Art. 1879, 4° Wetb. v. 1830 luidt: „indien de schuldenaar in staat van onvermogen verkeert.” Bij art. 7 der Wet v. 15 Junij 1833 (Sb. n. 47) is dit veranderd. Voorduin, V, bl. 416.

den schuldenaar (art. 1871 B. W. (1); ik geloof echter, dat de uitdrukkelijke vermelding in art. 1869 daardoor niet overbodig te achten is.

921. In de vijfde plaats kan, volgens art. 1869, het voorregt van uitwinning niet worden ingeroepen ingeval van geregtelijken borgtogt, wanneer dus de borg gesteld is ten gevolge eener regterlijke uitspraak. Men heeft gemeend te zijnen aanzien gestrenger te moeten zijn en geene vertraging in de vervolging te moeten toelaten; men heeft daardoor willen zorgen voor den schuldeischer, die ook zelf in dat geval niet, gelijk wanneer de verpligting tot borgstelling een gevolg zijner overeenkomst was, het doen van afstand van het voorregt van uitwinning kon bedingen (2). Art. 2043 C. N. zegt nog, dat de borg van zoodanigen borg niet kan vorderen de uitwinning van den hoofdschuldenaar en van den borg (3). Zulk eene bepaling heeft onze wet niet; naar deze kan dus, mijns bedunkens, de achterborg wel niet vorderen de uitwinning van den schuldenaar; eensdeels omdat hij niet is de borg van dezen anderendeels omdat zelfs degene, wiens borg hij is, dat niet kan; maar kan hij de uitwinning eischen der goederen van den borg, die tegenover hem als hoofdschuldenaar staat; te dien aanzien vindt hij in art. 1869, 5° B. W. geen beletsel.

922. Art. 1869 B. W. spreekt niet van den borg, die ten gevolge eener bepaling der wet gesteld is, en men zal dezen dus ook niet verstoken kunnen achten van het voorregt van uitwinning (4). De plaatsing van art. 2042 C. N. in een hoofdstuk, waarin over wettelijken en geregtelijken borgtogt gehandeld werd, kan bij ons niet meer in het voordeel van een tegenovergesteld gevoelen (5) worden aangevoerd, even weinig als hetgeen bij de beraadslaging over dat artikel in het midden is gebragt (6). Het stilzwijgen daarvan in art. 1869 schijnt bij ons geen twijfel toe te laten, al wil men ook beweren, dat de ratio legis geheel dezelfde zou zijn.

923. In het algemeen geloof ik, dat men den borg het voorregt van uitwinning niet kan ontzeggen in andere gevallen dan die zijn opgenoemd in art. 1869 B. W., waarin men, volgens ASSER, al de uitzonderingen op den regel aantreft (7). Zoo geloof ik, dat men niet met goeden grond kan beweren, dat in handelszaken dat voorregt geen toepassing vindt (8); de bijzondere bepalingen van art. 132 en 177 W. v. K. kunnen dan ook zeer zeker zoodanige stelling in het algemeen volstrekt niet wettigen. Even weinig stem ik TROPLONG toe, dat, wanneer de schuldeischer, zelf uit anderen hoofde

---

(1) TROPLONG, n. 234. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 336, 373; TROPLONG, n. 593 en v. — (3) TROPLONG, n. 595. — (4) DURANTON, XVIII, n. 338. — (5) Verg. TROPLONG, n. 595, 2°. — (6) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 336, 373. — (7) ASSER, § 864. — (8) Zoo TROPLONG, n. 233.

schuldenaar zijnde van den borg, door dezen tot betaling aangesproken, zich op compensatie beroept, de borg de werking daarvan niet door het voorregt van uitwinning kan beletten (1). Ook hiervoor toch zie ik in de wet geen grond; veelmeer vloeit het tegendeel voort uit art. 1463 B. W. Zoo kan ook de afwezigheid van den schuldenaar den borg niet van zijn voorregt berooven (2).

924. De slotwoorden van art. 1868 B. W., volgens welke de borg niet tot betaling gehouden is, dan bij gebreke van den schuldenaar, wiens goederen vooraf moeten worden uitgewonnen, zouden op zich zelve beschouwd doen denken, dat die uitwinning noodwendig aan eene vervolging van den borg moet voorafgaan. Dit is intusschen het geval niet; de borg moet, zoo hij dit wil, de uitwinning der goederen van den schuldenaar vorderen. Art 1871 B. W. spreekt dan ook van den borg, die de uitwinning vordert; art 1869 van de gevallen, waarin de borg haar niet vorderen kan, en art. 1870 zegt uitdrukkelijk, dat de schuldeischer niet verpligt is den hoofdschuldenaar eerst uit te winnen, behalve wanneer de borg, op de eerste geregtelijke tegen hem gerigte aanspraak, zulks vordert (3). De vordering komt alzoo eerst te pas na de aanspraak; de schuldeischer kan daarin niet bij gebreke der voorafgaande uitwinning niet-ontvankelijk worden verklaard; zij gaat haren geregelden gang, zoo de borg de uitwinning niet vordert, en deze kan niet ambtshalve door den regter worden bevolen (4).

925. De vordering eener voorafgaande uitwinning van de goederen des schuldenaars is eene dilatoire exceptie (5), die de vervolging van den borg niet opheft, maar haar stuit en doet uitstellen tot na de uitwinning; als wanneer die vervolging, zoo de schuldeischer nu geheel is voldaan, wel is waar vervalt, doch niet door het vorderen van uitwinning, maar door de voldoening, die er het gevolg van is, terwijl zij anders kan worden voortgezet (6).

926. De uitwinning moet door den borg gevorderd worden op de eerste geregtelijke tegen hem gerigte aanspraak, zoo als art. 1870 B. W. zegt. Men wilde niet, dat de schuldeischer de speelbal zou zijn van de grillen van den borg, en gedurende den geheelen loop van het geding bloot zou staan aan eene vordering, die, den welligt spoedig verwachten afloop der zaak verijdelende, de reeds aangewende kosten noodeloos zou doen zijn, tot nadeel van den schuldenaar, die

---

(1) TROPLONG, n. 235. — (2) POTHIER, n. 409; TROPLONG, n. 261. — (3) POTHIER, n. 410; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 334, 365; DURANTON, XVIII, n. 331, 333; TROPLONG, n. 231, 248. — (4) POTHIER, t. a. p.; TROPLONG, n. 249. — (5) POTHIER, t. a. p.; TROPLONG, n. 250. — (6) Om deze reden geloof ik, dat DE PINTO, II, § 1045, bl. 489; 3e uitg. § 1105, bl. 606 en v., ten onregte beweert, dat de exceptie eigenlijk meer heeft van de peremtoire.

ze niet kon beletten (1). Men begreep aan den anderen kant, dat de borg, die niet terstond gebruik maakt van zijn regt, geacht moet worden daarvan afstand te doen; en men kon dit met des te meer vertrouwen aldus aannemen, omdat de borg inderdaad in vele gevallen geen belang heeft om de voorafgaande uitwinning der goederen van den schuldenaar te vorderen, daar hij, wanneer hij zelf betaalt en hierdoor in alle regten treedt, welke de schuldeischer tegen den schuldenaar had, gewoonlijk geen schade zal te vreezen hebben (2). De bedoelde woorden, overgenomen uit art. 2022 C. N., zijn hier ingevoegd op verlangen van het Tribunat, hetwelk uitdrukkelijk zoodanig vermoeden van afstand van het voorregt als aannemelijk voorstelde. Maar hoezeer dit vermoeden mag geleid hebben tot de bepaling, zoo als zij luidt, men mag daaruit, mijns bedunkens, volstrekt niet afleiden, dat, naar den geest der wet, de regter volgens de omstandigheden zal moeten onderzoeken, of de borg, die niet terstond de uitwinning gevorderd heeft, geacht moet worden daarvan afstand te hebben gedaan (3). De ratio legis, door het Tribunat vermeld, maar welke bovendien niet de eenige is, die het vermeldt, mag niet leiden tot eene afwijking van de bepaling der wet. De regter heeft niets anders te beoordeelen dan, of de borg de uitwinning vorderde op de eerste geregtelijke tegen hem gerigte aanspraak, en wanneer dit het geval niet is, dan moet de schuldeischer, volgens de eigene woorden van het Tribunat, „pouvoir achever la route dans laquelle le silence de la caution l'a laissé s'avancer."

927. Art. 2022 C. N. spreekt van „les premières poursuites dirigées contre elle (la caution)," en is dus meer algemeen gesteld, zoodat dan ook DURANTON tot nadere verklaring der bedoelde poursuites er bijvoegt: „soit judiciaires, soit extrajudiciaires" (4). Onze wet spreekt bepaaldelijk van eene *geregtelijke* tegen den borg gerigte *aanspraak*, en wijst dus op een tegen hem ingestelden eisch, hetzij die strekke tot eene veroordeeling om te betalen, tot van waarde-verklaring van een gelegd beslag of iets dergelijks. Dat dus een bevel

---

(1) De meening van SCHÜLLER, op art 1870 B. W., dat „door deze bepaling des schuldenaars lot in zoo verre wordt verzwaard, dat hij de meerdere kosten moet betalen, die des borgs nalatigheid in het vorderen zijner uitwinning later noodig maakt bij de uitoefening van diens verhaal op hem." komt mij dus weinig gegrond voor; daar die bepaling juist strekt om de kosten te verminderen, en het bezwaar, waarvan SCHÜLLER spreekt, slechts gelegen kan zijn in de den borg gelatene vrijheid om al of niet uitwinning te vorderen. — (2) POTHIER, n. 410; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 334; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 297 en v.; MALLEVILLE, IV, bl. 115; DURANTON, XVIII, n. 334; TROPLONG, n. 250. — (3) Zoo ZACHARIAE, II, § 426, bl. 66, n. ,; en op het aannemelijke of niet aannemelijke van zoodanigen afstand beroepen zich ook TROPLONG, n. 253 en v., en DURANTON, XVIII, n. 335. — (4) DURANTON, XVIII, n. 339.

tot betaling, gevolgd zelfs door een executoriaal beslag en verkoop, den borg zijne bevoegdheid niet ontneemt (1), kan bij ons niet twijfelachtig zijn.

928. De vordering moet gedaan worden op de eerste geregtelijke aanspraak; zij kan dus niet voor het eerst in appèl gedaan worden (2). Even zeker is het, dat de borg de uitwinning niet meer kan vorderen, na eerst den eisch te hebben bestreden, op grond dat te veel van hem gevorderd werd (3). Maar hoe, wanneer hij begint met te ontkennen, dat hij borg is, of met het bestaan der hoofdschuld te betwisten? Er zijn, die beweren, dat hij daardoor niet wordt belet de uitwinning te vorderen, nadat zijne vroegere verdediging is afgewezen (4); maar dit gevoelen komt mij voor in strijd te zijn met de stellige bepaling van art. 1870 B. W. Dat in zoodanig geval de borg niet geacht kan worden van het voorregt van uitwinning afstand te hebben gedaan, is duidelijk; maar wij hebben zoo even (n. 926) reeds aangemerkt, dat dit van geen invloed moet zijn op de vraag, of hij nog in de vordering tot uitwinning ontvankelijk is of niet. En het moge evenzeer waar zijn, dat er geene voorloopige uitwinning te pas komt, zoo er geen borgtogt bestaat, en dat hiervan geen sprake kan zijn, zoo er geene geldige hoofdverbindtenis is; ook dit doet niets ter zake, omdat de wet te dien aanzien geene uitzondering maakt, in het algemeen de vordering alleen toelaat op de eerste tegen den borg gerigte aanspraak; waarop zij niet gezegd kan worden te zijn gedaan, wanneer de borg den tegen hem ingestelden eisch eerst op andere gronden heeft bestreden. Niets belet dan ook den borg, om bij de ontkentenis van het bestaan der hoofdverbindtenis zelve of ook van zijn' borgtogt, tevens het voorregt van uitwinning te doen gelden, en te vorderen, dat in allen gevalle eerst de goederen van den schuldenaar zullen worden uitgewonnen, vóórdat hij tot betaling kan worden veroordeeld, en vóórdat dus ook over zijne verbindtenis zelve nader zal behoeven te worden gehandeld en beslist. De borg loopt bij zoodanige verdediging geen gevaar, dat later zijn beroep op de nietigheid of het niet-bestaan zijner verbindtenis geacht kan worden door zijne vordering tot uitwinning gedekt te zijn, en hij heeft dan voldaan aan hetgeen art. 1870 B. W. van hem eischt. En op die wijze is tevens een geding over het bestaan zijner verbindtenis afgesneden, dat, zoo de uitwinning tot voldoening leidt, inderdaad geheel overbodig zou zijn, en dus geheel noodelooze, en toch welligt niet geringe kosten zou ver-

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 252; PIGEAU, *De la proc civ.*, 1, 2, part. 5, tit. 1, chap. 8, § 2, II, bl. 12. — (2) TROPLONG, n. 251. — (3) TROPLONG, n. 253. — (4) DURANTON, XVIII, n. 335; TROPLONG, n. 254; ZACHARIAE, II, § 426, 1°, bl. 66. Anders PIGEAU, t. a. p.

oorzaken. Ik geloof om deze reden, dat niet alleen de duidelijke en bepaalde woorden der wet de door ons verdedigde opvatting gebiedend vorderen, maar dat zij ook door de ratio legis wordt aanbevolen. — Op gelijke wijze en op dezelfde gronden ben ik het dan ook niet met TROPLONG eens, dat de borg, na eerst enkel de hoedanigheid van den schuldeischer te hebben betwist, of de nietigheid der dagvaarding te hebben beweerd, later nog uitwinning vorderen kan (1).

929. POTHIER leert, en hij wordt hierin door anderen gevolgd (2), dat, ingeval de goederen, wier uitwinning de borg zou willen vorderen, ten tijde der tegen hem gerigte aanspraak nog niet in het bezit van den hoofdschuldenaar waren gekomen, maar hem in den loop van het geding, b. v. door het openvallen eener nalatenschap, ten deele zijn gevallen, de borg ook later de uitwinning daarvan vorderen kan, en zulks op grond dat de exceptie niet kon worden ingesteld vóórdat zij geboren was. DURANTON is van een tegenovergesteld gevoelen, op grond van de vertraging in den afloop der zaak, die daardoor zou worden veroorzaakt, en de noodelooze kosten, die er het gevolg van zouden zijn (3). Maar er is meer tegen het eerstgemeld gevoelen, voor hetwelk ik al weder de aanmerking niet wil laten gelden, dat men niet geacht kan worden afstand te doen van een voorregt, waarvan men geen gebruik kan maken, omdat de omstandigheden dit volstrekt beletten. Dat de omstandigheden dit beletten, sluit niet in zich, dat de exceptie niet geboren is. Deze was geboren ten tijde der tegen den borg gerigte aanspraak, want zij was volgens de wet aan zijne verbindtenis verbonden, mits zij maar in tijds was ingesteld. Was hem toen de vordering onmogelijk, omdat de omstandigheden beletten daaraan gevolg te geven, dit kan zeker in het nadeel van den borg zijn, gelijk het ook in zijn nadeel zijn zou, zoo de hoofdschuldenaar in het geheel geene goederen had of verkreeg; maar het kan geene voldoende reden zijn om af te wijken van eene duidelijke wetsbepaling. Dat de schuldenaar later goederen bekomt, kan den borg niet meer veroorloven de uitwinning te vorderen op een' tijd, waarop de wet dit niet meer toelaat; evenwel blijft het voor hem nog altijd eene zaak van belang, omdat hij nu op die goederen zijn verhaal zal kunnen uitoefenen.

930. De borg kan niet volstaan met den schuldeischer enkel af te wijzen op den schuldenaar, om diens goederen eerst uit te winnen; hij moet, wanneer hij de uitwinning van den hoofdschuldenaar vor-

---

(1) TROPLONG, n. 255. — (2) POTHIER, n. 410; TROPLONG, n. 256; ZACHARIAE, II, § 426, 1°, bl. 66 en n. 3. Wij achten hierbij de opmerking niet overbodig, dat POTHIER niet gebonden was door eene bepaling als die van art. 1870 B. W. — (3) DURANTON, XVIII, n. 337.

dert, volgens art. 1871 *a* B. W., aan den schuldeischer diens goederen aanwijzen, wier uitwinning hij verlangt, en de noodige penningen voorschieten om die uitwinning te bewerkstelligen. Deze blijft hierdoor een voorregt voor den borg, waarvan hij naar goedvinden al of niet gebruik kan maken, zonder een strik te worden voor den schuldeischer. Deze heeft in het voorschot van penningen een waarborg, dat de uitwinning hem niet met kosten bezwaren zal, en de aanwijzing van goederen verzekert hem, dat de uitwinning mogelijk is (1).

931. De borg moet bij het vorderen der uitwinning de goederen van den schuldenaar aanwijzen, die uitgewonnen zullen kunnen worden; bij gebreke van zoodanige aanwijzing mist de vordering een noodzakelijk vereischte om te kunnen worden toegewezen (2). Die aanwijzing zal wel moeten bestaan in eene behoorlijk omschrijvende vermelding der goederen met aanduiding, dat ze toebehooren aan den schuldenaar, terwijl de deugdelijkheid der aanwijzing, ingeval van tegenspraak aan zijde van den schuldeischer, nader door den borg zal moeten gestaafd worden.

932. De borg zal voorzeker ook het best doen met in eens al de goederen aan te wijzen, die hij wil hebben uitgewonnen. Evenwel zie ik geen voldoenden grond om hem bepaaldelijk te beletten eene vroegere aanwijzing later, zoo dit noodig is, aan te vullen. Wanneer hij hierdoor de zaak al eenigzins op de lange baan kan schuiven, zoo zal hij toch daarvan in den regel wel worden teruggehouden door de nadeelen, die hij er zelf door zal kunnen ondervinden, daar hij natuurlijk telkens weer de noodige penningen moet voorschieten. Daarentegen zal het hem alleszins te stade komen, wanneer de schuldenaar later goederen verkrijgt, die vroeger niet konden worden aangewezen; en toch zou ik geen vrijheid vinden om hem in dit geval zoodanige vrijheid toe te kennen, zoo die hem in het algemeen moest worden ontzegd (3).

933. Art. 1871 *b* B. W. bepaalt nader, welke goederen kunnen worden aangewezen. Voor het overige kan de aanwijzing zoowel roerende als onroerende goederen, ligchamelijke en onligchamelijke zaken omvatten, en kunnen niet alleen alle goederen, maar kan ook een gedeelte der goederen van den schuldenaar worden aangewezen, hetzij omdat deze voor het doel voldoende zijn, hetzij omdat de borg de overigen niet kent, of omtrent de deugdelijkheid van hun bezit onzeker is (4). Het is voorts niet noodig, dat de aangewezen goederen voldoende zijn om door hunne uitwinning de schuld voldaan te krij-

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 334 en v.; TROPLONG, n. 257 en v. — (2) Verg. Amersfoort 6 April 1853, *W.* 1480. — (3) Verg. echter TROPLONG, n. 259, 263 en v. — (4) DURANTON, XVIII, n. 338; TROPLONG, n. 262.

gen; de wet toch vordert dit niet, en de schuldeischer zal dus ook dan tot voorloopige uitwinning verpligt wezen, wanneer hem daartoe goederen worden aangewezen, die blijkbaar voor eene geheele voldoening niet genoegzaam zijn (1). Van de zijde van den borg is hiervan al weder niet veel misbruik te vreezen, omdat hij de kosten der uitwinning moet voorschieten, die onvruchtbaar zijn, zoo de uitwinning bijna niets tot zijne bevrijding uitwerkt. De schuldeischer zal daardoor eenige vertraging in de voldoening kunnen ondervinden, en deze bij gedeelten ontvangen; maar deze bezwaren moesten wijken voor het belang van den borg, die zich verbindt tot zekerheid van eens anders verbindtenis.

934. De borg kan, volgens art. 1871 *b* B. W., geene aanwijzing doen van goederen, waarover geschil in regten bestaat. Men heeft den schuldeischer niet willen verpligten om regtsgedingen te voeren, noch om naar den afloop daarvan te wachten met het ontvangen van hetgeen hem toekomt (2). Wij hebben dan ook reeds in art. 1865 B. W. gezien, dat bij de beoordeeling der gegoedheid van den borg geen acht geslagen mag worden op goederen, waarover geschil in regten bestaat. Even als daar is ook hier een werkelijk geschil in regten, een regtsgeding noodig, om de goederen op dien grond af te wijzen, en is het niet voldoende, dat de eigendom daarvan betwist kan worden of zelfs buiten regten wordt betwist, noch ook dat de goederen bezwaard zijn of door den schuldenaar bezeten worden krachtens een ontbindbaar regt. Al deze omstandigheden beletten voor het oogenblik de uitwinning niet, en dat zij den prijs zullen drukken, neemt almede niet weg, dat ze kunnen worden uitgewonnen. Waar de wet bepaalde vereischten opnoemt, bij wier gemis de goederen niet met goed gevolg kunnen worden aangewezen, daar mag men die niet willekeurig buiten de wet uitbreiden. Buitendien is het al of niet bestaan van een proces ligt uit te maken, maar zou het bestaan dier andere bezwaren op zich zelf eene bron van geschil kunnen worden (3).

935. De borg kan ook geene aanwijzing doen van goederen, welke voor de schuld zijn gehypothekeerd en waarvan de schuldenaar niet meer in het bezit is; art. 1871 *b* B. W. Dit is overgenomen uit art. 2023 C. N.; bij de beraadslaging over welk artikel het hevig

---

(1) DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 259; ZACHARIAE, II, § 426, 2°, bl. 66. — (2) POTHIER, n. 412; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 335; SCHÜLLER, op art. 1871 B. W. — (3) Zie echter DURANTON, XVIII, n. 338; TROPLONG, n. 266; ZACHARIAE, II, § 426, 2°, bl. 66 en n. 4, waar zeker vrij willekeurig wordt beweerd, dat de woorden ,,biens litigieux'' in art. 2023 in meer beperkten zin moet worden opgevat dan in art. 2019 C. N., maar toch niet in dien van art. 1700 C. N.

is bestreden, en aan den anderen kant verdedigd op gronden, die wel de billijkheid daarvan aanwijzen, doch daarom nog den juisten grond der bepaling niet in het oog doen vallen (1). De krachtigste verdediging toch der bepaling op zich zelve komt mij voor deze te zijn, dat zij, zoo als zij daar staat, geheel overbodig is. Zij veronderstelt twee dingen, dat namelijk de goederen voor de schuld zijn gehypothekeerd en dat de schuldenaar niet meer in het bezit daarvan is. Met dit laatste hebben zij opgehouden goederen van den schuldenaar te zijn; derhalve kunnen ze ook niet meer als zoodanig uitgewonnen, en dus ook niet meer ter uitwinning aangewezen worden, en zouden zij dit ook niet kunnen, al had de wet er van gezwegen. Het eerste duidt dan ook natuurlijk niet aan, dat de aanwijzing wel kan geschieden van goederen, die niet meer in het bezit van den schuldenaar, maar voor eene andere schuld gehypothekeerd zijn, maar alleen, dat die omstandigheid de aanwijzing uitsluit, al was het goed ook voor dezelfde schuld verbonden, waarvoor ook de borg verbonden is. En zoo komt het dan inderdaad hierop neder, dat, waar borgtogt en zakelijke zekerheid tot waarborg derzelfde schuld gepaard gaan, de schuldeischer vrij is in de keuze van wat hij het liefst wil bezigen, zonder dat de borg hem kan noodzaken zijne voldoening eerst door de zakelijke zekerheid te zoeken, gelijk omgekeerd ook een derde, eigenaar van een voor de schuld verbonden goed, de uitwinning van den borg niet zou kunnen vorderen.

936. Eindelijk kan, volgens art. 1871 *b* B. W., de borg geene aanwijzing doen van goederen, buiten het koningrijk gelegen. De strekking hiervan is, dat de schuldeischer niet belast zal worden met eene al te moeijelijke uitwinning (2). Men heeft ook hier, even als in art. 1864 B. W., de grens ruimer gesteld dan in den C. N. (3); waardoor tevens alle geschil over de plaats, waar de betaling moet geschieden (4), is afgesneden.

937. De borg moet, volgens art. 1871 *a* B. W., ook de noodige penningen voorschieten om de uitwinning te bewerkstelligen. Deze bepaling, hoezeer bij de beraadslaging over den C. N. door den tribun COUPIL-PRÉFELN bestreden (5), mag billijk en doelmatig genoemd worden. De uitwinning geschiedt niet in het belang van den schuldeischer, maar in dat van den borg; zij geschiedt ook niet omdat de schuldeischer haar wil, maar op de vordering van den borg,

---

(1) Zie de bestrijding van den tribun GOUPIL-PRÉFELN, in *C. N. et Mot.*, VI, bl. 348 en v., en de verdediging van CHABOT DE L'ALLIER, bl. 354 en v., en van LAHARY, bl. 366 en v. Verg. TROPLONG, n. 267 en v.; DURANTON, XVIII, n. 338. — (2) TROPLONG, n. 265. — (3) VOORDUIN, V, bl. 417. — (4) DURANTON, XVIII, n. 338. — (5) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 342 en v.

die haar eischen of niet eischen kan, naarmate hij het een of het ander meer in zijn belang acht. Het was daarom billijk, dat de kosten door dezen worden voorgeschoten en de schuldeischer althans verzekerd zij, dat de uitwinning hem geen geldelijk verlies zal berokkenen. En tevens was het doelmatig, door zoodanige verpligting den borg terug te houden van het al te ligtzinnig vorderen van uitwinning, alleen om den schuldeischer te bemoeijelijken, al zou ook het voordeel daarvan niet opwegen tegen de kosten (1).

938. De verpligting tot het voorschieten der noodige penningen is algemeen, onverschillig of roerende dan wel onroerende goederen ter uitwinning worden aangewezen (2). Het voorschot zelf behoeft voorts niet terstond bij de vordering te geschieden; en de borg zal zelfs niet daarin niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, alleen omdat daarbij geen voorschot is aangeboden, zoo hij hiertoe maar bereid is, wanneer de schuldeischer het vraagt (3).

939. De wet spreekt van de noodige penningen. Bij de beraadslaging over den C. N. werd aangemerkt, dat nadere bepalingen deswege zouden kunnen gemaakt worden in den C. de P. C. (4), waar men ze echter te vergeefs zal zoeken. Het spreekt intusschen van zelf, dat, bij verschil van meening tusschen den borg en den schuldeischer, de regter zal moeten beslissen met het oog op de meerdere of mindere kosten, die de uitwinning zal veroorzaken naar den aard der zaken, die daarvan het onderwerp zullen zijn (5). Het geldt daarbij slechts een voorschot, waarover den borg niet de vrije beschikking wordt gegeven, maar dat nader zal moeten worden verantwoord en verrekend.

940. Er is tevens gevraagd, in wiens handen het voorschot moet worden gestort, en daarop geantwoord, dat, bij verschil deswege tusschen partijen, de regter kan gelasten, dat het zal worden gegeven aan den schuldeischer of dat het zal worden geconsigneerd (6). Het begrip van voorschot doet echter bepaaldelijk denken aan eene afgifte aan den schuldeischer, en men kan zelfs uit den zamenhang van art. 1871 *a* afleiden, dat de borg *aan den schuldeischer* de noodige penningen moet voorschieten. Ook kan hiertegen te minder bezwaar bestaan, omdat het voorschot geschiedt tot een bepaald doel, en, zoo het daartoe niet wordt aangewend, als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd en in vergelijking gebragt tegen de schuld, voor wier voldoening de borgtogt heeft plaats gehad en de uitwinning zou geschieden.

---

(1) Verg. *C. N. et Mot.*, bl. 322, 335, 351 en v., 366; TROPLONG, n. 260, 271. — (2) TROPLONG, n. 272. Verg. POTHIER, n. 413. — (3) TROPLONG, n. 273. Verg. POTHIER, t. a. p. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, n. 353, 367. — (5) TROPLONG, n. 275. — (6) TROPLONG, n. 274.

941. Wanneer de uitwinning heeft plaats gehad, en de schuldeischer daardoor geheel voldaan is, vervalt natuurlijk de vervolging van den borg. Anders wordt deze daarna voortgezet door den schuldeischer, die zijnerzijds den afloop der uitwinning moet verantwoorden (1). Wanneer door de uitwinning de schuld slechts gedeeltelijk is voldaan, maar ook de borgtogt slechts voor een gedeelte der schuld was aangegaan, schijnt de borg hierin geen' grond te kunnen vinden om de opbrengst in evenredigheid op het door hem gewaarborgde gedeelte der schuld toe te rekenen, maar zal hij tot het bedrag, waarvoor hij zich heeft verbonden, zoo de schuld voor dat gedeelte onbetaald bleef, verbonden blijven, niettegenstaande de gedeeltelijke voldoening ten gevolge der uitwinning. Zijn borgtogt strekt tot zekerheid der schuld voor een bepaald bedrag; misschien heeft de schuldeischer zich met zoodanigen borgtogt tevreden gesteld, omdat hij voor het overige gedeelte der schuld in den schuldenaar zelven waarborg genoeg dacht te vinden; in allen gevalle zou eene gedeeltelijke betaling, vrijwillig door den schuldenaar gedaan, den borg niet voor een gedeelte van zijne verbindtenis hebben bevrijd; het is natuurlijk, dat dus ook die gedeeltelijke betaling dit niet kan, welke niet het gevolg is van den vrijen wil des schuldenaars, maar van de uitwinning van diens goederen (2).

942. Maar indien de uitwinning niet volgt, wanneer de borg eene aanwijzing van goederen gedaan en de noodige penningen tot de uitwinning voorgeschoten heeft, is, volgens art. 1872 B. W., de schuldeischer ten beloope der aangewezen goederen, met opzigt tot den borg, verantwoordelijk voor het onvermogen van den hoofdschuldenaar, hetwelk bij gebreke van vervolgingen daarna ontstaan is. De gelijke bepaling van art. 2024 C. N. gaf bij de beraadslagingen tot veel verschil van gevoelen aanleiding en is niet zonder veel tegenspraak aangenomen; gelijk ook POTHIER van een ander gevoelen was (3). Hare bedoeling is, dat de borg in het verondersteld geval ten beloope van de waarde der door hem aangewezen goederen tegenover den schuldeischer bevrijd zal zijn, zoo deze niet kan aantoonen, dat het later ontstaan onvermogen van den schuldenaar, gevolg van het verloren gaan der aangewezen goederen, er niet door heeft kunnen ontweken worden. En dit is billijk (4). Wanneer toch de borg, aangesproken door den schuldeischer, gebruik maakt van het voorregt van uitwinning, hem door de wet gegeven, met aanwijzing der goederen en met voorschot van penningen, die de schuldeischer niet mag

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 245. — (2) Verg. ook TROPLONG, n. 246 en v. — (3) Zie *Conf. du C. C.*, VI, bl. 299—306; MALLEVILLE, IV, bl. 115 en v.; POTHIER, n. 414. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 322, 367; TROPLONG, n. 276 en v.

weigeren, en die anders hem aangeboden en geconsigneerd kunnen worden, dan heeft hij er aanspraak op, dat het verzuimen der uitwinning door nalatigheid van den schuldeischer hem niet tot nadeel zij. Ook voor den borg moest worden gezorgd. En het moge waar zijn, dat hij, volgens art. 1880, 1° B. W., ook zelf den schuldenaar zou kunnen aanspreken; — wanneer hij eenmaal voor de uitwinning een voorschot heeft gedaan aan den schuldeischer, dan moet hij niet noodig hebben nog buitendien ook zelf als eischer tegen den borg op te treden, maar dan behoort hij op zijne aanwijzing van goederen gerust te kunnen zijn.

943. Men merke voorts op, dat alleen ten laste van den schuldeischer komt het later onvermogen van den schuldenaar, ontstaan bij gebreke van vervolgingen door genen. Ontstond dat onvermogen te midden eener te geschikter tijd aangevangen en behoorlijk voortgezette vervolging, bestond het reeds vroeger, zoodat de vervolging toch reeds tot geen gunstig resultaat had kunnen leiden, ontstond het zoo plotseling en onverwacht, dat het den schuldeischer aan den noodigen tijd ontbrak om te kunnen handelen, zoo treft het nadeel dezen niet, maar blijft de borg ten volle aansprakelijk (1). De beslissing zal in dezen natuurlijk geheel van de omstandigheden afhangen, zonder dat vaste regelen kunnen worden gegeven omtrent den spoed, waarmede de vervolging plaats moet hebben.

§ 4.

Van die verpligting, zoo er meer borgen zijn. Voorregt van schuldsplitsing.

944. Wanneer verscheiden personen zich tot borgen hebben gesteld voor denzelfden schuldenaar en voor dezelfde schuld, dan is, volgens art. 1873 B. W., ieder van hen voor de geheele schuld verbonden. Hier bestaat derhalve uit kracht der wet zelve eene hoofdelijke verbindtenis voor de borgen, die anders zonder bijzonder beding niet eens bestaat voor de hoofdschuldenaren, wanneer meer dan één tezamen eene schuld hebben aangegaan (art. 1318 B. W.). Maar deze laatsten hebben ook slechts ieder voor zijn aandeel belang bij de aangegane schuld; zonder bepaald beding kan daarom niet met grond worden aangenomen, dat zij zich voor meer dan een aandeel hebben willen verbinden, en wel voor het geheel, voor hetwelk ieder hunner zeer zeker niet is gebaat. Geheel anders is dit, waar verscheiden personen zich voor dezelfde schuld tot borg hebben gesteld.

---

(1) Troplong, n. 279 en v.

Persoonlijk betreft hen even weinig een gedeelte, als het geheel der schuld, en daarin kon dus ook geen grond tot beperking gelegen zijn. En terwijl zij nu borg zijn geworden niet voor een gedeelte, maar voor de geheele schuld, en zich allen aldus hebben verbonden, mag het inderdaad geacht worden in den aard van den borgtogt te liggen, dat, zoo er meer borgen zijn, ieder hunner voor de geheele schuld verbonden is (1).

945. Art. 1873 B. W. spreekt algemeen, en is, wat de woorden betreft, evenzeer toepasselijk, wanneer verscheiden personen zich bij dezelfde, als wanneer zij zich bij verschillende akten tot borgen hebben gesteld. Wel schijnt de wetgever vooral aan het eerste geval te hebben gedacht, maar in het andere moet hetzelfde a fortiori worden aangenomen. Dat zij zich verbonden hebben voor dezelfde schuld, is eene noodzakelijke veronderstelling, daar anders van geen verbindtenis voor de geheele schuld sprake kan zijn; maar zij moeten zich tevens tot borgen hebben gesteld voor denzelfden schuldenaar. Het is echter niet noodig, dat die schuldenaar een enkele persoon zij; ook waar meer hoofdschuldenaren zijn, geldt hetzelfde; deze zijn dan tezamen de schuldenaar, zoo namelijk de borgen zelve zich als zoodanig niet bepaaldelijk voor dezen of voor genen hunner hebben verbonden. Hebben zij of sommigen hunner dit gedaan, zoo zijn zij geene borgen voor denzelfden schuldenaar; anders zijn zij het wel, en voor de geheele schuld verbonden, onverschillig of ook de hoofdschuldenaren hoofdelijk verbonden zijn of niet. Zoo kan alzoo dezelfde schuld op de schuldenaren zelve slechts naar ieders aandeel en op iederen borg voor het geheel verhaalbaar zijn; en men zie hierin geen' strijd met de bepaling van art 1859 *a* B. W., dat een borg zich tot niets meer noch onder meer bezwarende voorwaarden verbinden kan, dan de hoofdschuldenaar verbonden is; dit toch is hier geenszins het geval, daar de gezamenlijke schuldenaren, en niet ieder hunner afzonderlijk, hier tegenover den borg de hoofdschuldenaar zijn (2).

946. De borgen zijn wel ieder voor de geheele schuld verbonden, maar zij staan daarin desniettemin niet geheel gelijk met hoofdelijke schuldenaren, en moeten dan ook niet als hoofdelijke schuldenaren beschouwd worden, tenzij zij zich als zoodanig verbonden hebben; zij blijven anders borgen (3). Zoo kan in den regel ieder borg, die voor het geheel wordt aangesproken, volgens art. 1874 B. W., het voorregt van schuldsplitsing doen gelden, hetwelk een hoofdelijke

---

(1) POTHIER, n. 415; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 359 en v.; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 306 en v.; DURANTON, XVIII, n. 341; TROPLONG, n. 281 en v., 278 en v.; DE PINTO, II, § 1046, bl. 490; 3e uitg. § 1106, bl. 607. — (2) Verg. DURANTON, XVIII, n. 341. — (3) Dit schijnt niet genoeg in het oog gehouden te zijn door TROPLONG, n. 290.

schuldenaar, volgens art. 1319 B. W., den schuldeischer niet kan tegenwerpen. En hoezeer de toekenning van dat voorregt, bepaaldelijk ook om het voorschrift van art. 1874 *b*, de hoofdelijke verpligting der borgen slechts verzwakt, niet opheft, zoo verschilt hunne verbindtenis daarin toch van die der hoofdelijke schuldenaren, met wie zij, niettegenstaande hunne hoofdelijke verbindtenis, niet verward mogen worden. De bepalingen omtrent deze moeten dan ook niet op gene worden toegepast. Bepaaldelijk kan ik niet met TROPLONG instemmen, wanneer hij, met hoe veel overtuiging dan ook, tegen de meening van anderen (1) beweert, dat de vervolging, tegen één der borgen ingesteld, de verjaring stuit ook ten aanzien der overige borgen (2). Ten onregte toch, mijns bedunkens, beweert hij, dat art. 2020 B. W. (art. 2249 C. N.) hier letterlijk van toepassing is. Dat artikel geldt slechts voor hoofdelijke schuldenaren, en de wet zelve heeft, blijkens art. 2021 B. W. (art. 2250 C. N.), den borg daarvan wèl onderscheiden. Eene beteekening aan of eene erkentenis van den hoofdschuldenaar stuit wel, volgens dit artikel, de verjaring tegen den borg, maar dat ook het omgekeerde het geval is, is nergens bepaald. En wanneer nu de vervolging tegen een der borgen ingesteld de verjaring niet stuit tegen den hoofdschuldenaar, en dus de verjaring der schuld niet belet, dan kan zij ook de verjaring tegenover de andere borgen niet stuiten, die, daar zij zelve geen schuldenaren zijn, niet meer verbonden kunnen wezen, wanneer de schuld zelve door verjaring is te niet gegaan.

947. De schuldeischer kan, daar ieder borg voor het geheel verbonden is, naar zijne keuze den eenen of den anderen voor het geheel aanspreken, zonder gevaar van in zoodanigen eisch niet-ontvankelijk verklaard te worden; maar de borg, die aldus wordt aangesproken, kan vorderen, dat de schuldeischer zijne vordering verdeele. Dit is „beneficium divisionis", reeds onder HADRIANUS den borgen toegekend en door JUSTINIANUS bevestigd (3), ook vroeger bij ons overgenomen (4) en in art. 1874 B. W. onder den naam van voorregt van schuldsplitsing uitdrukkelijk erkend. Men heeft gemeend, den borgen die gunst te moeten toekennen, omdat hun de vervulling van hetgeen zij tot zekerheid van eens anders schuld op zich hebben genomen, daardoor gemakkelijker gemaakt en de afdoening der zaak zelve vereenvoudigd wordt, terwijl tevens gezorgd is, dat de schuldeischer daardoor geen nadeel behoeft te lijden (5).

948. De wetgever heeft dan ook daardoor niet weer opgeheven,

---

(1) DELVINCOURT, III, bl. 258; ZACHARIAE, II, § 426, bl. 67, n. 5. — (2) TROPLONG, n. 291. — (3) Verg. § 4, Inst. *de fidejussoribus*, D. l. 26, 27 *de fidej. et mand.* (XLVI, 1); TROPLONG, n. 281 en v. — (4) DE GROOT, III, 3. — (5) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 322, 336, 368. Verg. DE PINTO, II, § 1046, bl. 490; 3e uitg. § 1106, bl. 607.

wat hij even te voren, in het voorgaand artikel, had vastgesteld. De schuld wordt niet van regtswege over de borgen verdeeld, even als bij schuldenaren, die zich niet hoofdelijk verbonden hebben; zij kunnen voor het geheel worden aangesproken, en moeten de verdeeling vorderen, om er genot van te hebben; de schuldeischer kan dus ook een veroordeelend vonnis tegen een der borgen voor het geheel bekomen, wanneer van het voorregt van schuldsplitsing geen gebruik wordt gemaakt. En men meene ook niet, dat de wetgever noodeloos van eene vordering van den borg afhankelijk heeft gemaakt, wat, zoo men het billijk achtte hun zoodanige gunst toe te kennen, even goed aan de borgen in het algemeen en van regtswege had kunnen worden toegestaan. Door dit te doen ware voorzeker de hoofdelijke verbindtenis geheel opgelost, zoodat de borgen, even als gewone schuldenaren, slechts voor een aan hun getal geëvenredigd aandeel aansprakelijk zouden zijn; maar zoo ver heeft de wetgever hunne begunstiging niet willen uitstrekken. Hij heeft gezorgd, dat de schuldeischer geen nadeel zou moeten lijden, doordien één of meer hunner onvermogend zijn; hij heeft hierin voorzien door de bepaling van art. 1874 *b* B. W. Doch hierom kon dan ook eene verdeeling van regtswege niet worden toegestaan, maar moest de schuldsplitsing afhankelijk worden gesteld van eene vordering, waarop tegenspraak mogelijk en in geval van verschil eene regterlijke beslissing noodig is (1).

949. De borg kan, volgens art. 1874 *a* B. W., de verdeeling vorderen, zoo hij geen' afstand heeft gedaan van het voorregt van schuldsplitsing. Ook dit toch is werkelijk een voorregt, eene gunst, alleen in hun belang den borgen toegekend. Zij kunnen dus daarvan ook afstand doen, en inderdaad wordt daarvan veelal afstand gedaan, wanneer verscheiden personen zich als borgen verbinden (2), soms misschien wel alleen ten gevolge eener vrij algemeene meening, dat een contract te beter is, naarmate het meer clausules bevat. Maar er moet dan ook bepaaldelijk afstand zijn gedaan van het voorregt van schuldsplitsing; afstand van het voorregt van uitwinning betreft geheel iets anders, en sluit dus geen' afstand van dat van schuldsplitsing in, daar beide voorregten van elkander geheel onafhankelijk zijn (3).

950. Van het voorregt van uitwinning kan de borg, volgens art. 1869, 2° B. W., ook geen gebruik maken, wanneer hij zich hoofdelijk met den hoofdschuldenaar verbonden heeft. De wet spreekt daarvan in art. 1874 niet; het schijnt evenwel niet twijfelachtig,

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 292—294. Zie ook, over de beraadslaging in het Tribunat, *Conf. du C. C.*, VI, bl. 306 en v. — (2) MALLEVILLE, IV, bl. 117; TROPLONG, n. 300. — (3) DURANTON, XVIII, n. 344.

dat, zoo er meer borgen zijn, die zich hoofdelijk met den schuldedenaar, of wel eenvoudig hoofdelijk verbonden hebben, door hen ook geene verdeeling gevorderd kan worden. Men behoeft zich daartoe juist niet op den verderen inhoud van art. 1869, 2° te beroepen; de borgen moeten in dat geval noodwendig geacht worden van het voorregt van schuldsplitsing afstand te hebben gedaan, zoo zij zich dit niet uitdrukkelijk hebben voorbehouden, omdat hunne hoofdelijke verbindtenis hen ieder voor het geheel aansprakelijk maakt, en ook te dezen aanzien niet beschouwd kan worden als eene eenvoudige uitdrukking van hetgeen reeds door de wet zelve is vastgesteld (1).

951. De overige gevallen, waarin het voorregt van uitwinning is uitgesloten, hebben, bij het stilzwijgen der wet, geen' invloed op het voorregt van schuldsplitsing. Met name geldt dit ten aanzien van geregtelijken borgtogt, die de toepassing van dit voorregt zeer goed toelaat (2). Ook wordt dit niet, gelijk in het Romeinsche regt, uitgesloten, doordien de borg zijne verbindtenis heeft ontkend (3).

952. Intusschen komt het mij wel voor, dat de wetgever is uitgegaan van de veronderstelling, dat meer borgen zich tegelijk en bij ééne akte als zoodanig verbonden hebben, en dat zijne bepaling niet moet worden toegepast, wanneer zij zich op verschillende tijden, afgescheiden van elkander, tot borgen hebben gesteld. Bij de behandeling van art. 1873 B. W. merkten wij aan, dat die bepaling in dat eval a fortiori toepassing moet vinden; hier kan hetzelfde niet worden beweerd, om de eenvoudige reden dat de verbindtenis van den eenen borg voor den ander is eene „res inter alios acta", die hem noch voordeel, noch nadeel kan toebrengen. Mijns bedunkens kan dus niet alleen de eerste borg geene schuldsplitsing vorderen op grond, dat zich later meer borgen verbonden hebben, maar kan ook een latere borg zulks niet op grond van het bestaan van vroegere borgen, zoo hij namelijk dat regt niet bepaaldelijk voor zich bedongen heeft. Dat hij bij zijne verbindtenis van het bestaan van andere borgen melding heeft gemaakt, schijnt mij daarvoor niet voldoende te zijn; want al heeft hij daardoor getoond aan dezen gedacht te hebben, hij kan daarom niet geacht worden op het voorregt van schuldsplitsing te hebben gerekend, en de schuldeischer niet hem dit te

---

(1) Verg. POTHIER, n. 416; DURANTON, XVIII, n. 343, 345; TROPLONG, n. 300 en v.; ZACHARIAE, II, § 426, bl. 67; *R. en W.*, I, bl. 212—215. Zie echter *Regtsg. Adv.*, I, bl. 119 en v. — (2) TROPLONG, n. 303. Anders POTHIER, n. 416. — (3) TROPLONG, n. 302. Verg. l. 10, § 1 D. *de fidej.*; POTHIER, n. 416.

hebben toegestaan, wanneer, gelijk wij meenen, dat voorregt alleen aan gelijktijdig verbonden borgen door de wet is gegeven (1).

953. Art. 1874 B. W. geeft het voorregt aan den borg, zoo hij geen' afstand heeft gedaan, en men mag hieruit afleiden, dat, terwijl niet slechts allen, maar ook ieder hunner voor zich daarvan afstand kan doen, de werking daarvan geheel individueel is, en niet verbindend voor hem, die geen' afstand heeft gedaan. Hij kan voorts de schuldsplitsing vorderen, niet slechts wanneer hij voor de geheele schuld is aangesproken, maar zoo dikwijls van hem meer gevorderd wordt, dan bij verdeeling zijn aandeel zou bedragen. De wet moge dit niet uitdrukkelijk bepalen, het ligt evenwel in den aard der zaak; daar de borg anders door den schuldeischer zou kunnen worden verstoken van zijn regt, zoo als de wet hem dit heeft willen toekennen. De erfgenamen van een' borg, op wie, volgens art. 1863 B. W., zijne verbindtenissen overgaan, kunnen het voorregt eveneens doen gelden, wanneer hij dit kan (2). De achterborg van een der borgen schijnt dat eveneens te kunnen (3); hij kan dan ook voor zich hetzelfde doel bereiken door gebruik te maken van het voorregt van uitwinning der goederen van den borg, voor wien hij zich tot borg heeft gesteld.

954. De verdeeling der schuld heeft niet van regtswege plaats; wij zagen dit reeds, en tevens de reden, waarom dit aldus is geregeld. Zij heeft geen plaats, tenzij de borg haar vordert; ook de regter kan haar niet ambtshalve gelasten (4). En de borg moet haar, volgens art. 1874 *a* B. W., op de eerste geregtelijke aanspraak vorderen. Dit bepaalt art. 2026 C. N. niet; naar het Fransche regt kan dus de borg, hoezeer het, vooral ook om de bepaling van het tweede lid, in zijn belang zal zijn de verdeeling zoo spoedig mogelijk te vragen, zulks evenwel doen in iederen stand van het geding (5). Bij ons is men hiervan afgeweken; en ofschoon noch bij VOORDUIN, noch bij ASSER de reden dier afwijking is opgegeven, schijnt men deze toch als eene verbetering te kunnen beschouwen, en wordt zij aanbevolen door dezelfde redenen, waarom ook de voorafgaande uitwinning der goederen van den schuldenaar op de eerste geregtelijke aanspraak moet gevorderd worden (6). Waar de borg van beide voorregten gebruik wil maken, moet hij nu natuurlijk beide op de eerste aanspraak doen gelden, en vorderen, dat de eisch tegen hem tot zijn

---

(1) Verg. DURANTON, XVIII, n. 346, die hetzelfde leert ten aanzien van den vroegeren borg, maar ten opzigte van den lateren eene andere meening voordraagt. — (2) POTHIER, n. 417. — (3) POTHIER, t. a. p. — (4) Verg. TROPLONG, n. 297. — (5) Verg. POTHIER, n. 425; DURANTON, XVIII, n. 348; TROPLONG, n. 295 en v.; ZACHARIAE, II, § 426, bl. 67. — (6) DE PINTO, II, § 1046, bl. 490; 3e uitg. § 1106, bl 607.

aandeel worde bepaald, en hij tot de betaling daarvan niet worde veroordeeld, dan na voorafgaande uitwinning van den schuldenaar. Men kan overigens uit de door onzen wetgever bijgevoegde woorden afleiden, wat ook TROPLONG reeds leert, dat de verdeeling eerst door den borg kan worden gevorderd, wanneer hij door den schuldeischer is aangesproken; terwijl hij vóór zoodanige aanspraak niet alleen geene verdeeling vorderen kan, maar ook zijn aandeel in de schuld niet aan den schuldeischer kan opdringen (1).

955. De borg, die de schuldsplitsing vordert, is niet, gelijk hij, die de uitwinning van den schuldenaar vordert, tot aanwijzing van goederen verpligt, die de schuldeischer zou kunnen uitwinnen, om zijne betaling van de overige borgen te erlangen (2). De verpligting tot zoodanige aanwijzing is hem te dezen opzigte nergens opgelegd, en vloeit ook geenszins voort uit zijne verpligtingen, ingeval er onvermogende medeborgen zijn. En ofschoon de noodzakelijkheid, om ook de overige borgen aan te spreken, soms niet geringe kosten zal veroorzaken, is de borg echter almede niet verpligt daarvoor de noodige penningen voor te schieten, omdat ook dit hier niet, gelijk in art. 1871 *a*, is voorgeschreven (3).

956. Zonder schuldsplitsing is ieder borg voor het geheel verbonden, en hij, die het geheel voldaan heeft, kan dus ook later geen gedeelte daarvan als onverschuldigd betaald terugvorderen. De schuldsplitsing bestaat daarentegen hierin, volgens art. 1874 *a* B. W., dat de schuldeischer zijne vordering moet verdeelen en verminderen tot het aandeel van elken deugdelijk verbonden borg (4).

957. Die verdeeling heeft alleen plaats over de gezamenlijke borgen; zij kunnen den schuldenaar niet mede daarin betrekken, die niet met hen op ééne lijn staat, maar wiens schuld door hen tezamen wordt gewaarborgd. Eveneens kan een borg geene verdeeling vorderen tusschen hem en zijn' achterborg (5), tegenover wien hij hoofdschuldenaar is, en die tot waarborg strekt voor zijne verbindtenis, en niet regtstreeks voor die, welker vervulling van hem wordt gevorderd. Het moeten voorts borgen van denzelfden schuldenaar zijn, tusschen wie de verdeeling zal gevorderd worden (6). Wanneer twee, hetzij hoofdelijke, hetzij niet hoofdelijke, schuldenaren ieder afzonderlijk een' borg hebben gesteld, zijn deze wel borgen voor dezelfde schuld, maar daar zij het niet voor dezelfde schuldenaren zijn, vallen zij niet in de termen van art. 1873 B. W., en dus ook de bepaling van art. 1874 B. W. niet voor hen geschreven. Wanneer sommigen der borgen onbekwaam waren om zich te verbinden, kun-

(1) TROPLONG, n. 299. — (2) TROPLONG, n. 317. — (3) DURANTON, XVIII, n. 348, in f.; TROPLONG, n. 315. — (4) POTHIER, n. 426. — (5) POTHIER, n. 418. — (6) POTHIER, n. 419.

nen zij, die bekwaam waren, niet vorderen, dat de schuld tusschen hen en genen worde verdeeld (1); ieder voor de geheele schuld verbonden zijnde, moeten zij althans tezamen tot voldoening van het geheel veroordeeld kunnen worden, wat het geval niet zou wezen, zoo de schuldeischer voor sommige aandeelen der schuld enkel borgen behield, die, als niet geldig verbonden, voor hem van weinig waarde zijn. De twijfel, welke daaromtrent in den C. N. nog kon bestaan, is door onzen wetgever opgeheven, die uitdrukkelijk spreekt van het verminderen der vordering tot het aandeel van elken *deugdelijk verbonden* borg.

958. De verdeeling tusschen de borgen kon in het belang van dezen worden toegelaten, voor zoo ver de schuldeischer daardoor niet belet wordt geheele voldoening te erlangen. Intusschen zou het onvermogen van sommigen dit werkelijk kunnen beletten; maar zoover heeft men dan ook het den borgen gegeven voorregt niet willen uitstrekken. Indien ten tijde, dat een der borgen de schuldsplitsing heeft doen uitspreken, een of meer medeborgen onvermogend zijn, is die borg, naar evenredigheid van zijn aandeel, gehouden voor de onvermogenden te voldoen; art. 1874 *b* B. W. Er is beweerd, dat de verdeeling alleen plaats heeft onder borgen, die vermogend zijn (2), maar dit kan uit art 1874 *b* niet worden afgeleid, 'twelk veelmeer met die bewering in strijd is. Trouwens, er zou ook een belangrijk bezwaar aan het voorregt van schuldsplitsing verbonden wezen. wanneer de vordering van den borg tot niet geringe tusschengeschillen zou leiden over de genoegzaamheid of ongenoegzaamheid van het vermogen van sommige medeborgen. In de verdeeling worden alle deugdelijk verbonden borgen begrepen, maar de aangesproken borg moet naar evenredigheid van zijn aandeel mede voor de onvermogenden voldoen.

959. De wet zegt, dat *die* borg naar evenredigheid van *zijn* aandeel voor de onvermogenden moet voldoen, en bedoelt daarmede natuurlijk den borg, die de schuldsplitsing heeft doen uitspreken. Daaruit blijkt tevens, dat deze geheel individueel werkt alleen voor hem, die haar gevorderd heeft; terwijl ten aanzien der overige borgen, behoudens hunne bevoegdheid om eveneens schuldsplitsing te vorderen, zoolang zij dit niet hebben gedaan, de verbindtenis van ieder voor de geheele schuld, onder aftrek van het door een hunner voldaan gedeelte, blijft bestaan. Ten gevolge der bepaling van art. 1874 *b* B. W. is dus ook na de schuldsplitsing de aangesproken borg niet volkomen bevrijd door de betaling van zijn aandeel, wanneer er zich onder zijne medeborgen onvermogenden bevinden.

---

(1) POTHIER, n. 424; TROPLONG, n. 313 en v. — (2) TROPLONG, n. 304, 308. Verg. POTHIER, n. 420 en v.

960. Wanneer een of meer medeborgen geacht moeten worden onvermogend te zijn, kan nu wel niet twijfelachtig wezen. Zij zijn dit, wanneer de schuldeischer hun aandeel in de schuld niet op hen zou kunnen verhalen. Het is natuurlijk de schuldeischer, die in geval van geschil het onvermogen bewijzen moet (1), waarop hij zijne verdere vordering tegen den borg grondt. Dat bewijs behoeft echter slechts door hem geleverd te worden, wanneer de borg het beweerde onvermogen tegenspreekt, wat deze niet kan doen dan met gevaar van in de daardoor veroorzaakte kosten verwezen te worden. De vraag is daarbij, of het onvermogen bestond „ten tijde, dat een der borgen de schuldsplitsing heeft doen uitspreken." Het doet dus niets ter zake, of allen genoegzaam vermogend waren, toen de schuldsplitsing gevorderd werd; het is alleen het tijdstip der uitspraak, en dus der schuldsplitsing zelve, dat in dezen beslist (2).

961. De borg is, volgens het slot van art. 1874 *b* B. W., niet aansprakelijk, indien het onvermogen van andere borgen na de schuldsplitsing is opgekomen. De schuldeischer heeft het nu zich zelven te wijten, dat hij niet aanstonds ook de anderen heeft aangesproken, toen zij nog vermogend waren. In allen gevalle heeft de schuldsplitsing, eens bij regterlijk vonnis zijnde uitgesproken, tusschen partijen, d. i. tusschen den schuldeischer en den aangesproken borg, de verbindtenis van dezen voor de geheele schuld doen ophouden, en, zoo er toen geen onvermogende medeborgen waren, tot zijn aandeel beperkt, met welks voldoening hij bevrijd is, wat er later ook moge gebeuren 3).

962. Het later opgekomen onvermogen van sommige borgen komt intusschen nog niet ten laste van den schuldeischer, zoo er ook nog een of meer genoegzaam vermogende borgen zijn overgebleven. De werking der schuldsplitsing toch bepaalt zich, gelijk wij zagen, tot hen, op wier vordering zij is uitgesproken; de overige blijven ieder voor de geheele schuld verbonden, voor zoo ver die niet reeds is voldaan; en zoo een hunner, voor dat overige gedeelte aangesproken, ook op zijne beurt de schuldsplitsing vordert, geldt ook voor dezen de bepaling van art. 1874 *b*, en het later opgekomen onvermogen van een of meer der borgen komt dan eerst ten laste van den schuldeischer, wanneer er geene vermogende borgen meer overig zijn, te wier aanzien de schuldsplitsing niet is uitgesproken. Het gevolg kan dus zijn, dat een later aangesproken borg meer zal moeten betalen dan een, die vroeger aangesproken is; maar dit is een noodwendig

---

(1) TROPLONG, n. 311. — (2) POTHIER, n. 426; TROPLONG, n. 309. Onjuist drukt zich dus CHABOT DE L'ALLIER uit, *C. N. et Mot.*, VI, bl. 336, de aansprakelijkheid aannemende „jusqu'à ce qu'elle (la division) soit *demandée.*" — (3) Verg. TROPLONG, n. 310.

gevolg van de omstandigheden, in verband met de verbindtenis voor het geheel, die voor iederen borg blijft bestaan, zoolang niet ook te zijnen opzigte de schuldsplitsing is uitgesproken.

963. Die verbindtenis van alle borgen voor het geheel is vastgesteld in het belang des schuldeischers, die alzoo ook daarvan afstand kan doen en de schuld verdeelen, zonder dat juist door een der borgen schuldsplitsing wordt gevorderd (1). Die verdeeling heeft plaats, wanneer hij van een der borgen diens aandeel ontvangt, zonder zich zijn regt voor het meerdere voor te behouden, of wanneer hij een der borgen alleen voor het bedrag van diens aandeel in regten roept. Wanneer de borgen zich als hoofdelijke schuldenaren verbonden hebben, geldt de bepaling van art. 1326 B. W.; het aannemen van eene gelijke som, als het aandeel van een hunner in de schuld bedraagt, wordt niet als een ontslag van de hoofdelijke verbindtenis beschouwd, indien de kwijting niet met zoo vele woorden inhoudt, dat het ontvangene voor zijn aandeel strekken zal; en de eisch, tegen een hunner voor zijn aandeel gedaan, geldt niet voor zoodanig ontslag, zoolang de borg niet in den eisch heeft toegestemd of daarop geene regterlijke veroordeeling gevolgd is. Maar wanneer de borgen zich niet als hoofdelijke schuldenaren verbonden hebben, vindt dat artikel geene toepassing, en de verdeeling is niet aan die voorwaarden verbonden (2). Tegen het gevoelen van TROPLONG ben ik voorts van meening, dat het onverschillig is, of de borgen al of niet afstand hebben gedaan van het voorregt van schuldsplitsing. Zij worden toch door zoodanigen afstand geene hoofdelijke schuldenaren, waarop art. 1326 toepasselijk moet zijn; zij blijven borgen; en dat zij afstand gedaan hebben, neemt volstrekt niet weg, dat ook de schuldeischer afstand kan doen van de in zijn belang vastgestelde hoofdelijke aansprakelijkheid, al is die ook door hunnen afstand nog meer, maar dan toch ook alleen in zijn belang, bevestigd.

964. De verdeeling kan door den schuldeischer geschieden, hetzij ten aanzien van al de borgen, hetzij ten aanzien van één of meer hunner. In elk geval wordt daartoe geene overeenkomst tusschen den schuldeischer en de bedoelde borgen gevorderd, maar is de handeling van den schuldeischer alleen daartoe voldoende. Heeft deze alleen betrekking op sommige der borgen, zoo geldt ook de verdeeling alleen voor hen, en de overigen blijven voor het geheel verbonden, onder aftrek van hetgeen daarop reeds werkelijk mogt zijn betaald. Men behoeft zich daarbij juist niet op art. 1325 B. W. te beroepen, 'twelk regtstreeks hier natuurlijk niet van toepassing is; het spreekt van zelf, dat de afstand, dien de schuldeischer doet van de hoofde-

(1) TROPLONG, n. 318. — (2) DURANTON, XVIII, n. 347; TROPLONG, n. 319 en v.; ZACHARIAE, II, § 426, bl. 67, n. 8.

lijke verbindtenis der borgen, niet verder werken kan dan hij is gedaan (1).

965. Maar voor zoo ver de schuldeischer afstand heeft gedaan, kan hij daarop niet terugkomen. Indien hij zelf, en vrijwillig, d. i. zonder bedrog of dwang, zijne regtsvordering verdeeld heeft, — waarbij juist niet aan het instellen eener regtsvordering behoeft gedacht te worden, maar in het algemeen aan het verdeelen zijner aanspraak, — kan hij, volgens art. 1875 B. W., tegen die schuldsplitsing niet weder opkomen, al waren zelfs eenige der borgen onvermogend (2) vóór den tijd, dat hij de schuld heeft verdeeld (3). Wist de schuldeischer zulks, dan heeft hij getoond zich daardoor niet van de verdeeling te laten terughouden, en kan hij geacht worden van zijne aanspraak deswege tegen de overigen afstand te hebben gedaan (4); wist hij het niet, zoo heeft hij het zich zelven te wijten, dat hij de schuld verdeelde, alvorens zich van aller gegoedheid te overtuigen. In elk geval heeft hij de schuld verdeeld, en daardoor jegens den borg geene verdere aanspraak dan voor zijn aandeel. Dat een later opkomend onvermogen der overige borgen daarop van geen' invloed kan zijn, spreekt a fortiori van zelf.

AFDEELING III.

Van de gevolgen van borgtogt tusschen den schuldenaar en den borg, en tusschen de borgen onderling.

§ 5.

Regten en verpligtingen van den borg tegenover den schuldenaar.

966. Hier komt in de voornaamste plaats in aanmerking het geval, dat de borg de verbindtenis van den hoofdschuldenaar heeft

---

(1) Duranton, XVIII, n. 347; Troplong, n. 323. — (2) Dit woord is teregt gesteld in de plaats van „in staat van onvermogen geraakt," zoo als art. 1885 Wetb. v. 1830 zich uitdrukte. Voorduin, V, bl. 418. — (3) Art. 1885 Wetb. v. 1830 sprak, even als art. 2027 C. N., van den tijd, „dat hij in de schuldverdeeling heeft toegestemd." Dit is veranderd op de aanmerking, dat in den aanvang van het artikel van zijne daad, niet van zijne toestemming gesproken is. Voorduin, t. a. p. — (4) Troplong, n. 324; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 368.

voldaan, hetwelk in art. 1876—1879 B. W. wordt geregeld. Intusschen kan de borg ook reeds vroeger aanspraken tegen den schuldenaar doen gelden, overeenkomstig art. 1880 B. W.

967. De borg, door wien betaald is, heeft, volgens art. 1876 *a* B. W., zijn verhaal op den hoofdschuldenaar. De schuld van dezen ging niet over op genen, die zich slechts nevens hem verbond tot meerdere zekerheid voor den schuldeischer. De schuldenaar bleef schuldenaar, en wanneer de borg betaalt, dan betaalt hij voor hem. Hij doet dat niet om genen te ontheffen en alzoo te bevoordeelen; althans de borgtogt op zich zelven geeft volstrekt geene aanleiding om zoodanige bedoeling te veronderstellen. En voor den schuldenaar moest de borgstelling van een' ander voor zijne schuld geene reden zijn om ten koste van dezen bevoordeeld te worden. Het verhaal, dat de wet den borg toekent, is hem alzoo teregt gegeven, en het schijnt daarom niet noodzakelijk, het op lastgeving of negotiorum gestio te gronden (1); wat mij dan ook daarom te minder gepast voorkomt, omdat de aanspraak van den borg, in art. 1880 B. W. bedoeld, zeker bezwaarlijk met lastgeving of negotiorum gestio in verband gebragt zal kunnen worden, en men mijns bedunkens den schijn moet vermijden, alsof de aanspraak in het eene geval den steun zou behoeven van andere regtsbetrekkingen, die zij in het andere mist en kan missen.

968. De borg heeft, volgens art. 1876 *a* B. W., dat verhaal, »hetzij de borgtogt met of zonder deszelfs medeweten gesteld zij." Men zal in deze bijvoeging bezwaarlijk een bewijs kunnen zien, dat hier bepaaldelijk aan eene actio mandati contraria of negotiorum gestorum moet gedacht worden. De strekking der beide vorderingen, en zoo ook de regten van den lasthebber en den negotiorum gestor zijn ook niet geheel dezelfde, en echter wordt hetzelfde verhaal gegeven, hetzij de borgtogt met of zonder medeweten van den schuldenaar gesteld is; terwijl dat verhaal voorts niet geheel overeenstemt met de aanspraak, die de lasthebber of negotiorum gestor heeft, welke laatsten bepaaldelijk ook niet van regtswege in al de regten van een door hen betaalden schuldeischer treden, gelijk dit den borg verzekerd is in art. 1877 B. W. De zin dier bijvoeging komt mij voor alleen deze te zijn, dat de borg als zoodanig verhaal heeft op den hoofdschuldenaar, zonder dat dit verhaal juist op eene toestemming van zijne zijde behoeft gegrond te zijn.

969. Ik zie dan ook geene reden om den borg dat verhaal te ontzeggen, waar hij tegen den wil des schuldenaars borg geworden

---

(1) Zie TROPLONG, n. 328; DURANTON, XVIII, n. 349; ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68.

is (1). Wij hebben vroeger gezien, dat men zich ook tegen den wil des schuldenaars tot borg kan stellen. Het gold daar eene andere vraag, en wel de geldigheid van den aldus aangeganen borgtogt en der verbindtenis van den borg; en deze kon geldig zijn, zonder dat de borg daarom noodzakelijk verhaal behoefde te hebben op den hoofdschuldenaar. Maar ik zie, bij de algemeenheid der bepaling van art. 1876 *a* B. W., geene reden om hem dit te ontzeggen, omdat hij borg is en geheel in de termen dier bepaling valt. Van eene uiterste grens, waarvan OPZOOMER bij art. 1860 *a* B. W. spreekt, zal toch ook hier wel geen sprake kunnen zijn; en zoo de wetgever den borg, die zich tegen den wil des schuldenaars heeft verbonden, het verhaal had willen onthouden, dan had hij dat zeker in uitdrukkelijke bewoordingen gedaan.

970. De wet spreekt in het algemeen van den borg, die betaald heeft, en het is voor zijn regt op verhaal onverschillig, of hij vrijwillig dan wel ten gevolge van een veroordeelend vonnis, en dus gedwongen, heeft betaald (2). Het is echter aan den eenen kant noodig, dat de schuld werkelijk bestond, en dat de schuldenaar tot betaling daarvan verpligt was en in regten kon genoodzaakt worden (3). Aan den anderen kant is het eveneens noodig, dat de betaling geldig zij, de schuld werkelijk zij gekweten en de schuldenaar tegenover den schuldeischer bevrijd (4).

971. Ook moet het woord *betalen* hier worden opgevat in den algemeenen zin van afdoening der schuld, hetzij die plaats heeft door werkelijke betaling eener geldsom of in het algemeen door voldoening van het verschuldigde, hetzij door schuldvernieuwing, door vergelijking van schuld of op eenige andere wijze. In al die gevallen bestaat dezelfde reden tot verhaal, daar de schuld door den borg voor den schuldenaar is afgedaan (5).

972. Maar hoe ingeval van kwijtschelding? Kwijtschelding, door den schuldeischer aan den borg toegestaan, bevrijdt, volgens art. 1478 B. W., den hoofdschuldenaar niet, en zoo zij dus alleen genen, niet dezen bevrijdt, valt zeker aan geen verhaal op dezen te denken (6). Maar ook, waar de kwijtschelding de schuld zelve heeft te niet gedaan, zou ik niet in het algemeen met DURANTON durven aannemen, dat de borg evenzeer verhaal moet hebben alsof hij de schuld betaald had, en dat dès qu'elle (de borg) l' (den schuldenaar) a libéré, il doit peu lui importer que ce soit par paiement ou d'une autre ma-

(1) Zoo ook TROPLONG, n. 329. Anders ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68. Verg. DURANTON, XVIII, n. 317. — (2) POTHIER, n. 430. — (3) Verg. TROPLONG, n. 338—340. — (4) POTHIER, n. 436. — (5) POTHIER, t. a. p.; DURANTON, XVIII, n. 349; TROPLONG, n. 333. — (6) TROPLONG, n. 334.

nière (1), omdat in dit geval niet de borg, maar de schuldeischer de schuld heeft afgedaan, en de schuldenaar niet door genen, maar door dezen is bevrijd. Ik zou ook geen onderscheid willen maken, of de kwijtschelding al dan niet gegeven is tot vergelding van door den borg bewezen diensten (2). Voor zoo ver de schuldeischer hiervoor werkelijk schuldenaar was van den borg, zou er in plaats van kwijtschelding vergelijking van schuld plaats hebben. Maar waar dat het geval niet is, geloof ik, dat de oorzaak, die den schuldeischer tot de kwijtschelding bewogen heeft, op de gevolgen van deze geen invloed kan hebben. Mijns bedunkens zal men behooren te onderscheiden, of de schuldeischer de schuld eenvoudig heeft kwijtgescholden, dan of hij dat heeft gedaan met afgifte eener kwijting aan den borg, alsof deze werkelijk had betaald. In het eerste geval heeft de borg geen verhaal, omdat hij niet betaald heeft, daar de schuld niet door hem is gekweten. In het andere daarentegen heeft hij verhaal alsof hij betaald had, gelijk zijn kwijtbrief vermeldt, waarvan de waarheid op dat punt geen onderwerp van geschil tusschen hem en den schuldenaar kan uitmaken. Hier heeft dan ook de schuldeischer duidelijk getoond, dat hij juist den borg heeft willen bevoordeelen en geen' ander, en zijne handeling moet hetzelfde gevolg hebben, alsof hij, hetgeen de borg werkelijk betaalde, hem had teruggegeven, of het dezen eerst had gegeven om daarmede door hem betaald te worden; in welke gevallen de borg zeer zeker, op grond van betaling, verhaal zou hebben (3). Maar in zoodanige gevallen is er dan ook geene zuivere kwijtschelding.

973. De betaling, het woord in den ruimen zin genomen, moet door den borg, die er zich op beroept, bewezen worden, en kan dit door de gewone middelen (4). Hij kan op grond daarvan in den regel zijn verhaal terstond uitoefenen, wanneer namelijk de schuld ook van den schuldenaar vorderbaar was. Wanneer zij door eene bijgevoegde tijdsbepaling eerst later vorderbaar werd, behoeft de schuldenaar vóór dien tijd ook den borg niet terug te geven, wat deze voorbarig heeft betaald (5). En zoo zal, in geval eener voorwaardelijke verbindtenis, de borg, al heeft hij ook betaald, geen verhaal hebben op den schuldenaar, vóórdat deze door de vervulling der voorwaarde werkelijk schuldenaar geworden is.

974. Zijne vordering verjaart door den gewonen termijn van dertig jaren, daar zij aan geen korteren termijn verbonden is. Dit is zelfs het geval, wanneer de betaalde schuld zelve door een korter

(1) DURANTON, XVIII, n. 349. — (2) Verg. POTHIER, n. 431; TROPLONG, n. 335. — (3) Verg. TROPLONG, n. 336. — (4) TROPLONG, n. 337. — (5) POTHIER, n. 439; TROPLONG, n. 349; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 337.

tijdsverloop verjaarde (1). De betaling door den borg maakt den hoofdschuldenaar tot zijn' schuldenaar, en dit is eene andere dan de door den borg betaalde schuld; de bepalingen der wet omtrent de verjaring van deze zijn dus op gene niet toepasselijk. Ook art. 1877 B. W. kan hiertegen niet worden aangevoerd, omdat daaruit niet kan worden afgeleid, dat de schuld van den schuldenaar jegens den borg niet dezelfde is als die, welke door dezen voor hem is betaald; in welk geval trouwens geene indeplaatsstelling te pas zou komen, en wat bovendien ook in strijd zou zijn met het verhaal zelf, daar dit niet denkbaar is ten aanzien eener reeds te niet gegane schuld.

975. Het verhaal, dat de borg heeft op den hoofschuldenaar, strekt om hem schadeloos te stellen voor hetgeen hij voor dezen heeft moeten voldoen. Het heeft, volgens art. 1876 *a* B. W., plaats zoowel ten aanzien der hoofdsom als van de interessen en de kosten; terwijl het laatste lid den borg ook verhaal toekent tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn.

976. Wat de hoofdsom aangaat, heeft de borg verhaal voor zoo ver hij die betaald heeft; hij moet schadeloos gesteld worden, maar niet bevoordeeld door meer terug te ontvangen, dan hij heeft uitgeschoten. Hij kan echter ook minder aanspraak hebben, niet alleen wanneer hij te veel heeft betaald, maar ook wegens bijzondere redenen. Wanneer hij b. v. de geheele schuld heeft betaald, terwijl de schuldenaar, in staat van faillissement zijnde, een accoord heeft aangegaan met zijne schuldeischers om slechts een zeker gedeelte der schulden te betalen, moet ook de borg, hoezeer zelf voor het geheel aansprakelijk, zich met zoodanig gedeelte tevreden stellen (2).

977. Wat de interessen betreft, art. 1876 *a* B. W. ziet blijkbaar alleen op die interessen, welke de borg aan den schuldeischer heeft voldaan, en die dus, even als de hoofdsom en de kosten, door hem voor den schuldenaar zijn betaald (3). Maar heeft nu de borg ook van regtswege aanspraak op interessen van hetgeen hij heeft betaald, hieronder begrepen niet alleen de hoofdsom, maar ook de door hem betaalde interessen? Of heeft hij die aanspraak eerst sedert den dag, waarop hij van den schuldenaar het hem toekomende heeft teruggevorderd? POTHIER leert dit laatste (4), en zijn gevoelen, hoezeer door anderen (5) bestreden, komt mij voor het ware te zijn (6). Uitgaande van hetgeen wij zoo even zeiden omtrent de bedoeling van art. 1876 *a*, merken wij aan, dat de wet den borg als zoodanig niet van regtswege aanspraak op interessen van het door hem be-

(1) TROPLONG, n. 353 en v. — (2) TROPLONG, n. 342 en v. — (3) TROPLONG, n. 344. — (4) POTHIER, n. 440. — (5) DURANTON, XVIII, n. 352; TROPLONG, n. 345 en v. Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 119. — (6) Verg. 4e kgr. Amsterdam 23 Dec. 1853, *N. R. B.*, IV, bl. 229 en v.

taalde heeft toegekend. Art. 1847 B. W., volgens 'twelk de lastgever aan den lasthebber interessen voor gedane voorschotten verschuldigd is van den dag, waarop deze gedaan zijn, heeft regtstreeks zeker geene beslissende kracht ten aanzien van den borg, wiens aanspraak, gelijk wij zagen, op borgtogt, niet op lastgeving gegrond is. En wat de analogie betreft, die men zou kunnen beweren, dat in dezen tusschen de aanspraak van een' borg en die van een' lasthebber gevonden wordt, men kan die erkennen, zonder daarin nog een' grond te vinden om, hetgeen de wet ten aanzien van den een' bepaalt, ook toe te passen op den ander, te wiens aanzien zij het niet bepaalt. En dit geldt bepaaldelijk dan, wanneer zoodanige bepaling, gelijk hier, eene afwijking is van den algemeenen regel. Er blijft alzoo geen wettige grond over, waarop men zou kunnen volhouden, dat ten aanzien van den borg werkelijk ook van den algemeenen regel is afgeweken.

978. Ten aanzien der kosten bepaalt art. 1876 *b* B. W. nader, dat de borg slechts zijn verhaal heeft, voor zoo ver hij tijdig aan den hoofdschuldenaar heeft kennis gegeven van de tegen hem gerigte vervolgingen. Art. 1886 Wetb. van 1830 kende, in navolging van art. 2028 C. N., den borg het verhaal wegens de kosten slechts toe, voor zoo ver die gemaakt zijn nadat hij aan den hoofdschuldenaar geregtelijk kennis heeft gegeven van de tegen hem gerigte vervolgingen, en had dus niets verbeterd aan de redactie der Fransche bepaling, ofschoon daartegen door verscheidene schrijvers aanmerking was gemaakt (1). Bij de latere herziening werd aangemerkt, dat, indien de borg alleen voor die kosten zijn verhaal heeft, welke gemaakt zijn nadat hij van de vervolging kennis heeft gegeven, dan altijd de kosten der dagvaarding en alle die gemaakt zijn in die gevallen, waarin, bij verwijdering van woonplaats, niet dan na eenigen tijd de geregtelijke kennisgeving heeft kunnen geschieden, voor zijne rekening blijven, wat echter niet wel met de billijkheid overeen te brengen zou zijn (2). Men kende dan ook onder den C. N. den borg verhaal toe voor de kosten der eerste vervolgingen, omdat vóór deze eene kennisgeving aan den schuldenaar onmogelijk was, en omdat de borg geheel moest worden schadeloos gesteld (3); letterlijk werd het echter door art. 2028 C. N. uitgesloten, en de verandering, door onzen wetgever gemaakt, is dus zeer zeker eene verbetering. In hoe ver de borg verhaal heeft voor de kosten, hangt nu af van de tijdigheid zijner kennisgeving, die des noods als quaestio facti door den regter beoordeeld moet wor-

(1) Zie b. v. DURANTON, XVIII, n. 350; TROPLONG, n. 349 en v.; ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68, n. 3. — (2) VOORDUIN, V, bl. 419. Verg. DE PINTO, II, § 1049, bl. 490; 3e uitg. § 1109, bl. 608. — (3) TROPLONG, n. 348; DURANTON, XVIII, n. 350.

den. Heeft de kennisgeving tijdig plaats, zoo heeft de borg ook verhaal wegens de kosten, welke dan reeds gemaakt zijn, gelijk natuurlijk ook wegens die der knnisgeving zelve. In het tegenovergesteld geval zal hem, naar onze wet, zelfs voor de latere kosten het verhaal niet verzekerd zijn, wanneer hij het zoo ver had laten komen, dat ook die niet meer door den schuldenaar konden worden voorgekomen. De geheele strekking toch der bepaling van art. 1876 *b* is blijkbaar, dat de borg den schuldenaar niet zou kunnen bezwaren met kosten, die deze welligt zou hebben ontweken, zoo hij van de vervolging kennis had gedragen (1).

979. Het blijft intusschen vreemd, dat onze wetgever geen acht heeft geslagen op de zoo even bedoelde aanmerkingen, gemaakt op de redactie van art. 2028 C. N., waaraan men had kunnen voldoen door den aanhef aldus te stellen: ten aanzien der kosten door hem gemaakt, heeft de borg enz. Terwijl toch het slot van het eerste lid algemeen genoeg luidt, om onder de kosten, waarvoor den borg verhaal wordt toegekend, ook die te begrijpen, welke hij heeft betaald wegens de tegen den schuldenaar zelven gerigte vervolging, wordt dit nu belet door hetgeen het tweede lid ten aanzien *dier*, en dus der in het eerste lid bedoelde, kosten bepaalt; welk tweede lid blijkbaar alleen ziet op de kosten der *tegen den borg* gerigte vervolgingen, daar het verhaal voor de overige toch wel niet afhankelijk gesteld kon worden van de tijdigheid der kennisgeving. En toch is de borg, althans ingeval van onbepaalden borgtogt, in den zin van art. 1862 B. W., ook voor de kosten der tegen den hoofdschuldenaar gedane regtsvordering aansprakelijk. Zal hij nu deswege geen verhaal hebben? Het is zeker, dat de wet hem dit niet uitdrukkelijk geeft; het is echter even zeker, dat zij het hem niet bepaald kan hebben willen onthouden. Men zal zich nu, om voor dat verhaal een' steun te hebben in de wet, op het laatste lid kunnen beroepen, en hem op dien grond ook deswege schadeloos doen stellen.

980. Dit laatste lid geeft den borg ook verhaal tot vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn. Deze laatste woorden moeten niet worden opgevat, alsof er stond: „indien die zijn geleden"; dan toch zouden ze overbodig wezen. Zij strekken daarentegen om, ter beslissing van den regter, eenige ruimte te laten om de vergoeding te ontzeggen, wanneer de borg die schade niet had behoeven te lijden, maar haar toe te kennen, waar zij een natuurlijk gevolg zijner verbindtenis was. Men heeft in dit geval den borg geheel schadeloos willen stellen, wegens onderganen verkoop zijner goederen en andere opofferingen, die hij zich

(1) DURANTON, XVIII, n. 349; TROPLONG, n. 347.

heeft moeten getroosten (1). En vermits de wet algemeen spreekt, zal men, gelijk teregt door DURANTON tegen DELVINCOURT is beweerd, geen onderscheid moeten maken, of de borg al dan niet voor zijne verbindtenis eenig voordeel heeft bedongen van den schuldenaar; de wet toch onderscheidt niet, en bij de vraag, of „daartoe gronden zijn", heeft men niet op dergelijke omstandigheden te letten, maar alleen, of er in de kosten, schaden en interessen zelve grond tot vergoeding aanwezig is.

981. Indien verscheidene hoofdschuldenaren van dezelfde schuld ieder voor het geheel verbonden waren, heeft, volgens art. 1878 B. W., degene, die zich voor alle tot borg gesteld heeft, op ieder hunner zijn verhaal tot terugvordering van al hetgeen hij betaald heeft. Men mag dit veilig uitbreiden tot alles, waarvoor de borg, volgens art. 1876, verhaal heeft, en dus ook tot de vergoeding van kosten, schaden en interessen, indien daartoe gronden zijn (2). De geheele bepaling van art. 1878 strekt slechts om de hoofdschuldenaren hoofdelijk voor het geheel jegens den borg verbonden te verklaren, niet om dit eenigermate te beperken. De hoofdschuldenaren waren hoofdelijk voor het geheel verbonden; de borg, die voor hen heeft voldaan, heeft ieder hunner tegenover den schuldeischer voor het geheel van die verbindtenis bevrijd; het was dus billijk, dat zij ook door hem voor het geheel kunnen worden aangesproken (3).

982. Zoo de hoofdschuldenaren jegens den schuldeischer niet ieder voor het geheel verbonden waren, bestaat het geval niet, waarvoor art. 1878 is geschreven, en heeft dus de borg ook niet op grond hiervan tegen ieder hunner eene aanspraak voor het geheel. Zij worden door zijne betaling niet strenger verbonden dan zij dit oorspronkelijk waren, en zijn daardoor ook jegens den schuldeischer slechts ieder van zijn aandeel in de schuld bevrijd. Dat de borg in de plaats van den schuldeischer treedt, kan hem dus ook tegen ieder hunner geen verdere aanspraak geven (4).

983. Art. 1878 B. W. veronderstelt tevens bepaaldelijk, dat de borg zich voor alle hoofdelijke schuldenaren als borg verbonden had. Wanneer hij zich slechts voor een of voor sommigen hunner had verbonden, zou hij ongetwijfeld van genen of van ieder van dezen het geheel kunnen terugvorderen; maar welk regt zou hij hebben tegen

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 351; TROPLONG, n. 351. — (2) DURANTON, XVIII, n. 354. — (3) POTHIER, n. 440; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 323. — (4) DURANTON, XVIII, n. 354; TROPLONG, n. 378. Wij merken hierbij nog op, dat TROPLONG, n. 377, ten onregte zich beroept op hetgeen art. 1848 B. W. (art. 2002 C. N.) zegt van den lasthebber, door verscheiden personen aangesteld; daar dit dan evenzeer zijne toepassing moest vinden, waar de hoofdschuldenaren jegens den schuldeischer niet, als waar zij wèl hoofdelijk verbonden waren.

de overige schuldenaren? (1). Het komt mij voor, dat hij tegen dezen geen aanspraak heeft op grond van eenige bepaling van dezen titel, en zulks om de eenvoudige reden, dat hij tegenover hen geen borg is. Op art. 1877 kan hij zich daarom ook niet beroepen, omdat daar blijkbaar gedoeld wordt op regten tegen den schuldenaar, voor wien de borg borg was. Men heeft gesproken van art. 1329 B. W. (art. 1214 C. N.), en den borg op grond daarvan tegen de overige schuldenaren eene vordering toegekend naar ieders aandeel in de schuld; maar men stelt daarbij op den voorgrond, dat de borg zou treden in de plaats en in de regten der *schuldenaren*, voor wie hij borg was, waarvan men echter in dezen titel te vergeefs eenig spoor of bewijs zal zoeken; terwijl zonder zoodanige indeplaatstreding die bepaling regtstreeks even weinig kan afdoen, omdat de borg alleen borg en geen medeschuldenaar is. Hij is dus tegenover die schuldenaren, voor wie hij zich niet als borg verbonden heeft, eenvoudig een derde, en wanneer men nu met TROPLONG aanneemt, dat hij ten aanzien van hen ook niet als een negotiorum gestor beschouwd kan worden, omdat hij niet als zoodanig voor hen, maar als borg voor den schuldenaar, voor wien hij borg was, heeft betaald, dan geloof ik, dat men tot het besluit zal moeten komen, dat hij op hen in het geheel geen verhaal heeft.

984. De borg, die zich zijn verhaal wil verzekeren, moet van de gedane betaling terstond kennis geven aan den schuldenaar, opdat deze niet ook zelf, daarvan onbewust, nog eens betale, hetzij aan den schuldeischer, die te kwader trouw nog eens betaling aanneemt, hetzij aan een' lasthebber van dezen, die ook zelf welligt van die betaling onkundig was. De borg, door wien eenmaal de schuld betaald is, heeft, volgens art. 1879 *a* B. W., geen verhaal op den hoofdschuldenaar, die voor de tweede maal betaald heeft, indien hij dezen van de door hem gedane betaling geen kennis heeft gegeven. De schuldenaar zou anders tweemalen betalen, en ofschoon hij het ten tweeden male betaalde, als onverschuldigd betaald, condictione indebiti van den schuldeischer zou kunnen terugeischen, heeft men hem daarmede niet willen belasten, waar het de schuld van den borg is, dat tweemalen is betaald (2). De schuldenaar, door dezen tot verhaal aangesproken, kan dus ontzegging vragen van dien eisch, op grond dat ook hij zelf later heeft betaald, terwijl hij van de betaling door en borg geen kennis had. Die betaling zal hij, waar dit te pas komt, moeten bewijzen, omdat hij zich daarop beroept. Maar wat de kennisgeving betreft, schijnt men den borg met

(1) Verg. POTHIER, n. 440, in f.; DURANTON, XVIII, n. 355; TROPLONG, n. 379; ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68; mr. C. VAN BELL, *De subrogatie*, bl. 116, die hem, tegen dezen, ieder naar zijn aandeel in de schuld, verhaal toekennen. — (2) DURANTON, XVIII, n. 356; TROPLONG, n. 380 en v.

het bewijs daarvan te moeten belasten. Terwijl het toch niet waarchijnlijk is, dat de schuldenaar ten tweeden male zou hebben betaald, wanneer hij wist, dat de schuld reeds door den borg voldaan was, is die kennisgeving, zonder welke deze op den schuldenaar, die ook zelf betaald heeft, geen verhaal kan uitoefenen, een feit, waarop hij zich tot staving van zijn feit moet beroepen. Hij is natuurlijk ook het best in staat om dat bewijs te leveren, en kan dit door alle wettige middelen doen, terwijl eene beteekening bij deurwaarders-akte het zekerste middel voor hem zal zijn (1).

985. De borg, die betaalde toen de schuld nog werkelijk bestond, zou eigenlijk ook het betaalde van den schuldeischer niet kunnen terugvorderen; dit zou alleen de schuldenaar kunnen doen, die, nadat de schuld door betaling was afgedaan, en dus onverschuldigd, heeft betaald. Met regt kon echter van dezen geëischt worden, dat hij zijne vordering tegen den schuldeischer op den borg overdroeg. En hierom is, ter meerdere vereenvoudiging, die overdragt overbodig gemaakt, en door de wet zelve in het slot van art. 1879 *a* B. W. van regtswege den borg eene actie tot terugvordering tegen den schuldeischer toegekend (2).

986. De wet ontzegt, in art. 1879 *b* B. W., den borg almede zijn verhaal, indien hij betaald heeft „zonder daartoe in regten te zijn aangesproken en zonder den hoofdschuldenaar daarvan te hebben verwittigd", — ingeval de schuldenaar op het oogenblik der betaling gronden mogt hebben gehad om de schuld vervallen te doen verklaren. De wet spreekt, wat dit laatste betreft, algemeen en vordert juist niet, dat de schuld werkelijk afgedaan zij door betaling, door compensatie of op eenige andere wijze; het is voldoende, zoo de schuldenaar haar vervallen kan doen verklaren, b. v. op grond van verjaring als anderszins. Men heeft niet gewild, dat de borg den schuldenaar zou kunnen bemoeijelijken door eene betaling, welke deze had kunnen weigeren, op grond dat de schuld vervallen is.

987. Maar het is voor de toepassing van art. 1879 *b* noodig, dat de borg betaald heeft zonder daartoe in regten te zijn aangesproken, en zonder den hoofdschuldenaar daarvan te hebben verwittigd. Over den zin dezer woorden wordt echter verschillend gedacht. Terwijl TROPLONG hier den zamenloop vordert van twee omstandigheden, dat namelijk betaald zij zonder aanspraak en zonder kennisgeving (3), zijn anderen van eene andere meening, en achten het onverschillig, of de borg al of niet is aangesproken, zoo hij maar geen kennis heeft gegeven, en willen dezen de bepaling der wet hebben opgevat, alsof er stond: indien de borg heeft betaald zonder te zijn vervolgd en zonder

(1) DURANTON, t. a. p. — (2) POTHIER, n. 438. — (3) TROPLONG, n. 384—386.

kennisgeving, of indien hij, vervolgd zijnde, betaald heeft zonder kennisgeving (1). Schijnbaar vindt deze laatste meening eenigen steun in hetgeen de tribun LAHARY zeide (2), dat de schuldenaar de schuld niet vervallen kon doen verklaren, „si la caution lui a laissé ignorer les poursuites dirigées contre elle." Maar deze uitdrukking zal wel niet voldoende zijn om eenige kracht te ontnemen aan de bepaalde woorden der wet, die, naar het mij voorkomt, de opvatting van TROPLONG gebiedend vorderen. Men moet altijd voorzigtig zijn met zoodanige opvatting der wet, alsof er iets anders stond dan er werkelijk staat. En toch zou er hier geheel iets anders moeten staan, zoo de tegenovergestelde meening de ware kon zijn. Er zou dan ten minste moeten gezegd zijn: indien de borg betaald heeft zonder in regten te zijn aangesproken *of* zonder den hoofdschuldenaar te hebben verwittigd; maar eigenlijk zou er alleen hebben moeten staan: indien de borg betaald heeft zonder den hoofdschuldenaar te hebben verwittigd, wanneer het onverschillig zou zijn, of hij is aangesproken of niet, en men in beide gevallen hetzelfde gevolg wil verbinden aan het gemis van kennisgeving. Zoo als de wet nu luidt, vordert zij bepaald den zamenloop van twee voorwaarden. Dit komt nog duidelijker uit in art. 2031 C. N., voor welks woorden: „sans avoir averti", wij lezen: zonder *daarvan* te hebben verwittigd. Men zou hierbij kunnen denken aan eene kennisgeving van de aanspraak, waartoe de C. N. geene aanleiding geeft. Maar ook aan die verandering moet niet te veel gehecht worden, daar zij niet afkomstig is van onzen wetgever, maar door dezen getrouwelijk overgenomen uit de officiële vertaling, waarbij men dat woord geheel willekeurig heeft ingevoegd. Taalkundig belet bovendien ook niets, bij dat woord te denken aan de betaling of liever aan het voornemen daartoe, waarop het Fransche „averti" zeer zeker ook terugsloeg; terwijl eene kennisgeving van de aanspraak ook alleen te pas zou kunnen komen, waar deze heeft plaats gehad. Men heeft zich beroepen op art. 1640 C. N. (art. 1539 B. W.); maar TROPLONG heeft de ongegrondheid daarvan genoegzaam aangewezen, terwijl voorzeker ook geene analogie iets vermag tegen de stellige letter der wet. Onze opvatting van deze is dan ook in overeenstemming met de leer van POTHIER (3).

988. Art. 1879, in het eerste lid handelende van het geval, dat eerst de borg en daarna de schuldenaar betaald heeft, spreekt niet met name van het geval, dat eerst deze en daarna gene heeft betaald. DE PINTO ontzegt in het algemeen dien borg het verhaal, omdat hij zou verkeeren in het geval van het tweede lid, en den

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 357; ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68 en n. 8. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 369. — (3) POTHIER, n. 437.

schuldenaar van zijne betaling (?) had moeten verwittigen, ten einde hem in staat te stellen de gronden bij te brengen, die hij had om de schuld vervallen te doen verklaren (1). De onjuistheid dier zoo algemeene uitspraak zal wel niet twijfelachtig zijn. Wel had de schuldenaar, die betaald heeft, daardoor grond om de schuld vervallen te doen verklaren, maar of de borg daarom geen verhaal zal hebben, dit hangt af van de voorwaarden, in den aanhef van art. 1879 *b* gesteld. Volgens DURANTON en ZACHARIAE heeft de borg geen verhaal, zoo hij geen berigt heeft gegeven, hetzij hij is aangesproken of niet (2). TROPLONG, die natuurlijk hetzelfde aanneemt, zoo de borg niet is aangesproken en geen kennis heeft gegeven (3), kent hem daarentegen verhaal toe, wanneer hij, door den schuldeischer tot betaling aangesproken, betaald heeft, omdat hij door den schuldenaar van diens betaling niet was onderrigt (4). En dit is ook de leer van POTHIER, die daarbij volstrekt niet onderscheidt, of de borg in zoodanig geval van de aanspraak en zijn voornemen om te betalen kennis heeft gegeven of niet (5). Trouwens, de borg, door den schuldeischer tot betaling aangesproken zijnde, had geene reden om te vermoeden, dat de schuldenaar reeds heeft betaald; deze heeft het nu zichzelven te wijten, dat hij hiervan den borg geen berigt heeft gegeven (6). Aan den anderen kant had de borg, die slechts borg en geen schuldenaar is, geene voldoende reden om uit eigen beweging te betalen, zonder eerst den schuldenaar daarvan te verwittigen, ten einde onverschuldigde betaling te voorkomen; en er was dus wel reden om twee voorwaarden te stellen, en van den zamenloop daarvan de toepassing van art. 1879 *b* afhankelijk te maken. Dit geldt dan ook niet alleen ingeval van betaling door den schuldenaar, maar ook zoo deze uit anderen hoofde de schuld vervallen kon doen verklaren. Wanneer de borg betaalt, na te zijn aangesproken, verliest hij daardoor zijn verhaal niet, al heeft hij ook geen berigt gegeven (7).

989. De schuldenaar heeft dan het regt om, hetgeen voor hem onverschuldigd betaald is, van den schuldeischer terug te vorderen. Ditzelfde regt geeft art. 1879 *b* den borg in de gevallen, waarin hij volgens die bepaling geen verhaal heeft op den schuldenaar. Evenwel kan de borg dat regt niet altijd uitoefenen. Wanneer hij toch heeft betaald, maar op het oogenblik der betaling de verjaring had kunnen worden ingeroepen, of nietig-verklaring der hoofdverbindtenis had

---

(1) DE PINTO, II, § 1051, bl. 491; 3e uitg. § 1111, bl. 608. — (2) DURANTON en ZACHARIAE, t. a. p. — (3) TROPLONG, n. 384. – (4) TROPLONG, n. 382. — (5) POTHIER, t. a. p. — (6) Of echter wel genoeg voor den schuldenaar is gezorgd, en of nu de borg hem niet kan benadeelen door, aangesproken zijnde, zich niet behoorlijk te verdedigen, is eene andere vraag. Verg. POTHIER, n. 433, 435. — (7) TROPLONG, n. 383.

kunnen worden gevorderd, dan heeft hij, daar de schuld niet werkelijk vervallen was en dus niet onverschuldigd is betaald, ook geen regt van terugvordering (1). Het slot van art. 1879 *b* stelt de regtsvordering tot terugvordering als het ware slechts voor memorie, wat ook te kennen wordt gegeven door het woord „onverminderd" ; het geeft geene vordering, waar die niet in de onverschuldigde betaling gegrond is. In den C. N. werd dat slot er bijgevoegd op voorstel van het Tribunat, dat er nog op wilde laten volgen : „s'il y a lieu" (2).

990. De borg, die de schuld betaald heeft, treedt, volgens art. 1877 B. W., van regtswege in al de regten, welke de schuldeischer tegen den schuldenaar gehad heeft. Hij behoeft geen cessie of indeplaatsstelling van den schuldeischer te vragen, wat trouwens, eens verzuimd zijnde, na de betaling niet meer zou kunnen geschieden; de indeplaatsstelling heeft van regtswege plaats en is een gevolg der betaling zelve (3). Art. 1438, 3° B. W. bepaalt dan ook in het algemeen, dat subrogatie uit kracht der wet plaats heeft ten behoeve van dengene, die, met anderen of voor anderen gehouden zijnde tot voldoening eener schuld, belang had deze te voldoen. Het Ontwerp van 1820 gaf den borg slechts het regt om cessie van actie tegen den schuldenaar te vorderen bij de betaling (art. 2941) (4); maar daar gaf art. 3085 ook geene subrogatie van regtswege in het geval van art. 1438, 3° B. W.

991. De bepaling van art. 1877 B. W. is algemeen en vindt dus hare toepassing niet alleen wanneer de borg zich op verzoek van den schuldenaar, maar ook wanneer hij zich buiten weten en zelfs tegen den wil van dezen als zoodanig heeft verbonden (5). In elk geval valt hij in de termen van art. 1877, omdat hij heeft betaald als borg; wat hij is ten gevolge van den borgtogt, en dus eener overeenkomst met den schuldeischer, die ook ieder' derde, welke hem betaalt, in zijne plaats kan stellen. Hetzelfde geldt, hetzij hij de geheele schuld of slechts een gedeelte daarvan heeft voldaan. Zelfs wanneer de borg, zonder te betalen, van den schuldeischer eene kwijting kreeg, alsof hij had betaald, en alzoo overeenkomstig het hierboven (n. 972) gezegde zijn verhaal zou hebben tegen den schuldenaar, treedt hij eveneens van regtswege in de regten, die de schuldeischer tegen dezen had (6).

---

(1) ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68 en n. 9. — (2) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 311 en v. Zie ook V. ASSEN, in *Themis*, 2, IV, bl. 187. — (3) MALLEVILLE, IV, bl. 119; DURANTON, XVIII, n. 353; TROPLONG, n. 355—361; VOORDUIN, V, bl. 420. — (4) Zoo ook POTHIER, n. 427. — (5) DURANTON, XVIII, n. 317, 353; TROPLONG, n. 362; ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68. — (6) Verg. TROPLONG, n. 374.

992. De borg treedt in al de regten, die de schuldeischer tegen den schuldenaar had. In deze laatste woorden ligt eenige beperking, en wij zullen zien, dat hij volgens art. 1881 B. W. tegen zijne medeborgen, met wie hij trouwens door zich zelven, krachtens hunne gezamenlijke verbindtenis, in betrekking staat, niet in de regten van den schuldeischer treedt. Voor het overige is de bepaling algemeen en geldt alzoo evenzeer van zoodanige regten en waarborgen, die de schuldeischer na de borgstelling heeft bekomen, als van die, welke hij reeds vroeger had. Zoo deswege al eenige twijfel kon bestaan, toen de borg cessie vragen moest, dan is die zeker opgeheven, nu de indeplaatstreding van regtswege geschiedt (1). De borg heeft dus ook hypotheek, pand of voorregt, wanneer de schuldeischer zelf dit had. Hij heeft dat echter ook alleen voor zoo verre deze zulks had, en dus niet voor de kosten en voor de vergoeding van kosten, schaden en interessen, die hij van den schuldenaar kan terugvorderen, maar waaraan die zekerheid niet verbonden was, en ook niet door de subrogatie verbonden kon worden, omdat hij hierdoor alleen regten kan bekomen, die verbonden waren aan de vordering van den schuldeischer (2).

993. Is de bepaling ook in dien zin algemeen, dat zij niet beperkt is tot de regten, waardoor de schuldeischer zich de betaling der schuld kon verzekeren, maar zich ook uitstrekt over die, welke de schuldeischer bovendien en daarnevens tegen den schuldenaar bezat? TROPLONG, bewerende dat de bevoegdheid van den borg niet minder is dan die van den schuldeischer, is van meening, dat hij, een verkooper betalende, niet alleen treedt in het regt van dezen om den koopprijs, maar ook in dat om ontbinding der overeenkomst te vorderen (3). Op gelijke wijze is elders beweerd, dat de borg van een' huurder, door betaling in de regten van den verhuurder tredende, tegen genen niet alleen betaling van den huurprijs vorderen kan, maar ook ontbinding der huurovereenkomst met vergoeding van kosten, schaden en interessen (4). Deze leer komt mij echter, ook met het oog op art. 1877 B. W., niet de ware voor (5). De verkooper of verhuurder heeft niet in het algemeen het regt om òf de nakoming òf de ontbinding der overeenkomst te vorderen; hij heeft dit, volgens art. 1302 en 1303 B. W., slechts voor zoo ver te zijnen opzigte de verbindtenis niet is nagekomen. Hetzij men nu al of niet wil beweren, dat hij alleen voor zoo ver hij de voldoening der

---

(1) Verg. TROPLONG, n. 376. – (2) TROPLONG, n. 370 en v. Anders schijnt de meening te zijn van ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68. — (3) TROPLONG, n. 373. Zie ook hierboven VI, n. 849. – (4) Mr. J. KAPPEYNE V. D. COPPELLO, in *Themis*, XII, bl. 385 en v., XIII, bl. 14 en v. – (5) Verg. V. B. FAURE, in *N. Bijdr. v. R. en W.*, I, bl. 601—609.

schuld kan vorderen, als schuldeischer beschouwd kan worden, maar de andere vordering alleen heeft als verkooper of verhuurder, — in allen gevalle kan hij de ontbinding niet vorderen, wanneer aan de verbindtenis te zijnen opzigte voldaan is. Betaalt nu de borg vrijwillig, wat de kooper of de huurder schuldig was, zoo is de verbindtenis ten aanzien van den verkooper of verhuurder nagekomen, en deze heeft geen regt om ontbinding te vragen. Betaalt de borg niet vrijwillig, dan heeft de verkooper of verhuurder, door van hem de betaling te vorderen, gebruik gemaakt van de keus, hem in art. 1303 B. W. gegeven; maar hij heeft dan ook het regt tot de andere vordering verloren; en zoo de borg gedwongen heeft betaald, is desniettemin daardoor ten opzigte van den verkooper of verhuurder de verbindtenis nagekomen. De borg kan dus niet treden in een regt om ontbinding te vragen, dat de schuldeischer niet bezat, toen gene betaalde, en toen dus de indeplaatstreding geschiedde. En men zal nu zeker wel niet willen drukken op de woorden *gehad heeft*, waarmede onze wetgever het Fransche „avait" van art. 2029 C. N. heeft vertaald, omdat men ook daarbij ongetwijfeld alleen moet denken aan het oogenblik, waarop de indeplaatstreding geschiedde, en niet aan een vroegeren, maar nu niet meer bestaanden toestand. Voor het overige beschouwen wij de indeplaatstreding van den borg alleen als een middel om hem voor het verhaal op den schuldenaar, dat de wet hem geeft, al die regten te verzekeren, die de schuldeischer tegen den schuldenaar kon doen gelden, om voldoening te erlangen; wij zien dus een naauw verband tusschen de bepaling van art. 1877 en die van art. 1876 B. W. en meenen daarom de strekking van gene tot de toepassing van deze te moeten beperken.

994. De beweerde bevoegdheid moet dan ook a fortiori den borg ontzegd worden, wanneer de verhuurder er belang bij had om de huur voor het vervolg te laten voortduren. In het algemeen kan ook de schuldeischer, zoo hij slechts gedeeltelijk voldaan is, door de indeplaatstreding niet in zijne regten worden verkort (1). De algemeene bepaling van art. 1439 B. W. is ook hier van toepassing (2).

995. De borg treedt in al de regten, welke de schuldeischer tegen den schuldenaar heeft. Dat hij ook zou treden in die van den schuldenaar, is noch in art. 1877 B. W., noch in eenige andere bepaling gezegd, en mist dus allen grond in de wet. In den regel kan daarvan ook wel geen sprake zijn; er zijn echter gevallen mogelijk, waarin dat treden in de regten van den schuldenaar wèl denkbaar is. Het ge-

---

(1) TROPLONG, n. 367 en v. — (2) Verg. hierboven VI, n. 854 en v. Zie echter KAPPEYNE, t. a. p.; V. BELL, *De subrogatie*, bl. 102, n. 1.

val heeft zich voorgedaan, dat de borgen van den aannemer van eenig werk, bij nalatigheid van dezen, op verlangen van den aanbesteder het werk voltooid hebbende, de nog onbetaalde aannemingspenningen van dezen eischten, maar zich dit zagen betwist door een interveniërenden leverancier, die, aan den aannemer geleverd hebbende, krachtens het regt, hem door dezen schriftelijk gegeven, zijne betaling vroeg van den aanbesteder, tegen wien hij beweerde, dat de borgen geen regt van vordering hadden. De regtbank van Haarlem (1) nam deze bewering niet aan, maar wees den eisch der borgen toe, op grond dat, volgens art. 1877 B. W., de borg, die de schuld betaald heeft, in al de regten treedt, welke de schuldeischer tegen den schuldenaar had; dat de aannemer, aan zijne verpligting niet voldoende, geen aanspraak had op de aannemingspenningen, maar de aanbesteder daaruit voor zijne rekening het werk kon laten voltooijen, dat dit regt op de borgen overging, en zij alzoo konden vorderen, dat die penningen aan hen zouden worden uitbetaald. Die, naar het schijnt, niet zeer logische redenering heeft al spoedig hare bestrijders gevonden. De heer VAN HALL (2) was van meening, dat daarbij teregt was aangenomen, dat de borgen in de regten van den aannemer waren getreden, doch dat zij dan ook niet meer regt dan de aannemer konden hebben, maar met die regten ook zijne pligten overnamen. Een ander bestrijder (3) merkte, mijns inziens zeer teregt, aan, dat art. 1877 hier niet te pas kwam, daar het hier de vraag was, welk regt de borgen hadden, niet tegen den schuldenaar, maar tegen den schuldeischer. Maar om dezelfde reden kan dan ook art. 1438, 3° B. W. hier niets ter zake doen, en ik begrijp dus niet, hoe daarin de oplossing der vraag kon gevonden worden. Ook volgens dit artikel toch zijn de borgen niet getreden in de plaats van den aannemer, den schuldenaar, maar van den aanbesteder, den schuldeischer; en terwijl men dezen over en weder als schuldeischer en schuldenaar zou kunnen beschouwen, hebben toch de borgen niet voor den aanbesteder, maar voor den aannemer aan de verbindtenis voldaan, en was deze dan de schuldenaar, tegenover wien zij zijn getreden in de regten van den aanbesteder als schuldeischer. Mijns bedunkens was dus hun eisch tegen dezen inderdaad ongegrond, als rustende noch op de overeenkomst, noch op de wet; maar was het stelsel van den interveniërenden leverancier het ware, die beweerde, dat de borgen, door het werk te voltooijen en dus de schuld te voldoen, alleen verhaal hebben bekomen op den aannemer als schuldenaar; dat

---

(1) Zie Haarlem 13 Maart 1849, *W.* 1050; *R. B.*, XI, bl. 455 en v. Verg. LEON, en VERNEDE, *Nalez.*, op art. 1877 B. W. — (2) *R. B.*, t. a. p., bl. 460, n. — (3) S. M., in *Opm. en Med.*, V, bl. 249—256.

hunne aanspraak alleen tegen dezen kon gerigt zijn, en dat zij die des noods door beslaglegging op de aannemingspenningen konden verzekeren, maar geen regt van eisch hadden tegen den schuldeischer. Of de borgen door zoodanige beslaglegging genoegzaam gewaarborgd zijn, is eene bedenking, die mijns bedunkens wordt opgelost door de aanmerking, dat zij, door zich als borgen te verbinden, zich hebben blootgesteld aan al het nadeel, dat het niet-nakomen der verbindtenis aan zijde van den schuldenaar hun kan veroorzaken. Maar dat in het verondersteld geval de aanbesteder niets aan den aannemer schuldig was, omdat hij aan zijne verpligtingen niet heeft voldaan, en dat daarom een beslag op de aannemingspenningen ook den borgen niets baten kon, dit meen ik bepaaldelijk te moeten tegenspreken; daar de aanbesteder uit overeenkomst verbonden is jegens den aannemer, wanneer het werk naar behooren wordt voltooid, om het even of het door hem zelven, of door een' ander voor hem voltooid wordt. Wel kan bij de overeenkomst van aanneming worden bepaald, dat, waar de borgen in plaats van den aannemer, die in gebreke blijft, het werk voltooijen, de aannemingspenningen ook aan hen, in plaats van aan dezen, verschuldigd zullen zijn; maar hun regt is dan op de overeenkomst gegrond, en de vraag, die wij hier behandelen, komt dan niet te pas. Zonder zoodanig beding hebben zij als borgen geene aanspraak tegen den schuldeischer.

996. In art. 1876—1879 B. W. wordt verondersteld, dat de borg betaald heeft, en wordt hem deswege verhaal toegekend tegen den schuldenaar, voor wien hij heeft betaald en wien de schuld eigenlijk aangaat. De schuldeischer kon hem zoowel als den schuldenaar aanspreken, maar deze kan niet verlangen, dat hij de schuld zal voldoen, zelfs niet onder aanbod van volledige schadeloosstelling. In tegendeel kan de borg, die natuurlijk van den schuldeischer geen ontslag kan vorderen vóórdat de verbindtenis te niet is gegaan, in sommige gevallen van den schuldenaar vorderen, dat deze hem zal beveiligen tegen alle mogelijke schade, omdat het beter voor hem kan zijn deze te voorkomen, dan later te trachten haar te verhalen (1). De wet geeft den borg die bevoegdheid in vijf gevallen, opgenoemd in art. 1880 B. W., en de geheele zamenhang van het artikel wijst voldoende aan, dat zij ook tot die gevallen is beperkt en niet tot andere mag worden uitgebreid (2).

997. De borg kan in die gevallen, zelfs voordat hij betaald heeft, den schuldenaar aanspreken om door dezen schadeloos gesteld of van zijne verbindtenis ontheven te worden. Hij kan hem aanspreken, en moet dus, zoo hij gebruik van zijne bevoegdheid wil maken, eene

---

(1) Troplong, n. 387 en v. — (2) Troplong, n. 410.

regtsvordering tegen den schuldenaar instellen; maar hij kan niet beginnen met zijne roerende of onroerende goederen uit te winnen en zich op die wijze tegen schade te waarborgen (1). En die regtsvordering moet eene alternatieve strekking hebben, zoodat aan den schuldenaar de keuze moet blijven, of hij den borg schadeloos wil stellen of wel ontheffen van zijne verbindtenis.

998. Van dit laatste zwijgt art. 2032 C. N. De doelmatigheid van het bijvoegsel loopt, volgens ASSER, bij de bloote lezing der vijf gevallen, en vooral van het derde en vijfde, in het oog (2). En het moge waar zijn, gelijk LIPMAN aanmerkt dat er tusschen de bepaling van den C. N. en die van onze wet inderdaad geen verschil bestaat (3), de duidelijkheid is er echter wel door bevorderd. Wij stemmen dan ook in met de elders (4) geopperde aanmerkingen op den aanhef van art. 1880 B. W., alsof de door onzen wetgever bijgevoegde woorden eene ongerijmdheid behelzen, zoodat men zelfs het vermoeden uit, dat die wetgever, nevens de vordering tot schadeloosstelling tegen den schuldenaar, den borg het regt heeft willen geven om in de onder 4° en 5° genoemde gevallen ontbinding van den borgtogt tegen den schuldeischer te vorderen. De bepaling zelve, die van geene vordering tegen den schuldeischer spreekt en voorkomt in de derde, niet in de tweede afdeeling van dezen titel, wederlegt genoegzaam dat vermoeden, 'twelk dan ook alleen gegrond schijnt te zijn op eene min juiste opvatting der bedoeling van ons artikel. Daarin wordt niet verondersteld, dat de schuldenaar eigenmagtig den borg van zijne verbindtenis kan ontheffen, die hij heeft aangegaan jegens den schuldeischer; het spreekt toch wel van zelf, dat hij dit niet kan; maar dat hij dit niet kan, bewijst niet, dat hij den borg ook geene ontheffing van de verbindtenis kan bezorgen. Die ontheffing kan namelijk plaats hebben door afdoening der schuld door den schuldenaar, maar ook doordien de schuldeischer den borg ontslaat, zonder betaling te hebben bekomen. De schuldenaar kan dit met den schuldeischer vinden, hetzij door hem een anderen borg of zakelijke zekerheid te geven, of door welk ander middel het zijn mag; den borg is dit onverschillig, zoo hij maar van zijne verbindtenis ontheven wordt. Hij kan althans die ontheffing alternatief nevens de schadeloosstelling vorderen, en de schuldenaar moet zelf zien, op welke wijze hij het best aan de vordering kan voldoen.

999. Wat die schadeloosstelling betreft, het woord, uit art. 2032 C. N. overgenomen, doet eigenlijk denken aan eene reeds geleden schade, die vergoed moet worden; hier kan echter blijkbaar daarvan

---

(1) TROPLONG, n. 392. — (2) ASSER, § 865; VOORDUIN, V, bl. 421. — (3) LIPMAN, bl. 554. Verg. DURANTON, XVIII, n. 359; ZACHARIAE, II, § 427, bl. 68 en v. — (4) *Opm. en Med.*, VII, bl. 300—306.

geen sprake zijn, maar alleen van waarborgen tegen toekomstige schade (1) De schadeloosstelling moet bestaan in eene afgifte aan den borg van zooveel als deze misschien zal moeten voldoen aan den schuldeischer (2), of wel daarin, dat de schuldenaar op andere wijze en met voorzorgen, die de borg voor zich noodig acht, zooveel ter beschikking van dezen stelt, dat deze, ingeval hij mogt worden aangesproken, daarmede den schuldeischer kan voldoen, en dit niet behoeft te doen uit eigene middelen.

1000. Art. 1880 B. W. spreekt in het algemeen van den borg en schijnt dus de daar omschreven bevoegdheid aan alle borgen toe te kennen. Intusschen schijnen daarop uitzonderingen te moeten worden toegelaten, die door den aard der zaak gewettigd worden. Zoo komt zeker die bevoegdheid hem niet toe, die tegen den wil des schuldenaars borg is geworden. Troplong noemt dit duidelijk, en schijnt het niet noodig te achten daarvoor redenen op te geven (3). Ik zou die daarin zoeken, dat zoodanige borg voor alsnog alleen in betrekking staat tot den schuldeischer, niet tot den schuldenaar, met wien hij eerst in betrekking komt, wanneer hij voor hem heeft betaald. Dit belet hem niet borg te zijn en na de betaling verhaal te hebben op den schuldenaar, maar wel om van hem iets te vorderen vóórdat er eene regtsbetrekking tusschen hen geboren is. Om dezelfde reden meen ik de bevoegdheid te moeten ontzeggen aan den borg, die, hoezeer dan niet tegen den wil, toch buiten weten van den schuldenaar borg is geworden. Troplong, die hieromtrent anders denkt (4), schijnt mij daarin weinig consequent, en het is mij niet duidelijk, hoe hij in eene negotiorum gestio daarvoor een voldoenden grond kan zien, al moest hier overigens ook in het algemeen daarvan sprake zijn. Maar dat de borg zich hoofdelijk met den schuldenaar verbonden heeft, kan hem de bevoegdheid niet ontnemen (5); dat betreft slechts zijne betrekking tot den schuldeischer, niet die tot den schuldenaar. Hetzelfde geldt, waar verscheiden personen zich als hoofdelijke medeschuldenaaren verbonden hebben voor eene zaak, die slechts één hunner aangaat; als wanneer de overigen, volgens art. 1331 B. W., tegenover dezen als borgen worden beschouwd (6). Zoo zal ook het doen van afstand van het voorregt van uitwinning, of van dat van schuldsplitsing, of van beide, den borg niet verhinderen gebruik te maken van de bevoegdheid, die art. 1880 B. W. hem geeft in de daar genoemde gevallen.

1001. De borg heeft die bevoegdheid, volgens art. 1880 B. W.,

(1) Schüller en Vernede, op art. 1880 B. W. Verg. Troplong, n. 391. — (2) Duranton, XVIII, n. 359; Zachariae, II, § 427, bl. 69, n. 1. Verg. Troplong, n. 391. — (3) Troplong, n. 411. — (4) Troplong, n. 412. — (5) Troplong, n. 413. — (6) Troplong, n. 414.

vooreerst indien hij tot betaling in regten vervolgd wordt. Hij behoeft geene veroordeeling af te wachten, maar kan zijne vordering instellen zoodra hij wordt aangesproken. Hij zal door eene spoedige vordering ook vele kosten kunnen voorkomen, en heeft zelfs wat deze betreft geen regt van terugvordering tegen den schuldenaar, dan voor zoo ver bij dezen tijdig van de tegen hem gerigte vervolging kennis heeft gegeven (art. 1876 *b* B. W.). Maar dat is geheel vreemd aan de vordering, waarvan wij hier spreken, die de borg tot aan zijne betaling blijft behouden en die daarna overgaat in het verhaal, dat hij op den schuldenaar heeft. Men heeft gezegd, dat hij, in regten vervolgd wordende, den schuldenaar tot vrijwaring kan oproepen; ik geloof echter, dat hij best zal doen, met ook hier zijne vordering in te rigten naar de bepaling van art. 1880 zelf (1).

1002. In de tweede plaats heeft de borg die bevoegdheid, indien de schuldenaar is verklaard (2) in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen. De woorden zijn duidelijk en laten geene uitbreiding toe tot het geval, dat de schuldenaar, zonder in staat van faillissement of kennelijk onvermogen te zijn, met zijne zaken achteruit gaat (3). Dit is zelfs niet eens evenzeer eene oorzaak, die, volgens art. 1307 B. W., de schuld invorderbaar maakt, omdat daartoe noodig is, dat de *gestelde* zekerheid verminderd zij (4).

1003. Bij de beraadslagingen werd gevraagd, hoe de borg schadeloos gesteld kan worden, indien de schuldenaar insolvent is, en de Regering gaf daarop ten antwoord, dat hij dan zijn regt kan verhalen, hetzij op de goederen, die de schuldenaar bezit, hetzij op die, welke hij in het vervolg zal verkrijgen; dat de wet zich bepaalt tot vaststelling van het beginsel (5). Wat dit laatste betreft, men zal kwalijk kunnen aannemen, dat de wetgever niet tevens van de praktische toepasselijkheid van zijn beginsel overtuigd behoeft te zijn. En toch schijnt men te mogen betwijfelen, of hij dat in dezen is geweest. Wat beteekent toch een verhaal op goederen, die de schuldenaar in het vervolg mogt krijgen, waar sprake is van eene vordering, die de borg, vóórdat hij betaald heeft, tegen dien schuldenaar kan instellen wegens den toestand, waarin deze verkeert? En wat het verhaal betreft op de goederen, die deze werkelijk heeft, ook te dien aanzien schijnt de voorstelling onjuist te zijn. De borg kan toch zeer zeker niet, gelijk SCHÜLLER meent, „beslag doen leggen op zoo veel der goederen van den hoofdschuldenaar, als de schuld, waarvoor

---

(1) Verg. POTHIER, n. 441; DURANTON, XVIII, n. 359; TROPLONG, n. 393 en v.; V. ASSEN, § 402, bl. 445. — (2) Verg. mr. V. D. HOEVEN en DE VRIES, *Regtsg. Opst.* (Amst. 1852), bl. 168, n. 1. — (3) Zoo TROPLONG, n. 395. — (4) Verg hierboven VI, n. 215. — (5) VOORDUIN, V, bl. 421.

hij borg is, bedraagt (1). Dat regt geeft art. 1880 B. W. hem niet, en het is hem nergens gegeven, gelijk hem ook nergens een voorregt boven andere schuldeischers is toegekend. Men zal zich dus ook in dezen aan de termen van art. 1880 moeten houden, en „valeat quantum possit." Dat de vordering, hem daar toegekend, hem niet ten volle baten kan, kan zeker geen reden wezen om hem meer toe te kennen, dan de wet hem heeft gegeven. In allen gevalle zal hij nu ten gevolge zijner vordering onder de schuldeischers kunnen optreden, om in evenredigheid met dezen gerangschikt te worden, wat hij niet zou kunnen, zoo hem, vóórdat hij betaald heeft, geene vordering tegen den schuldenaar was toegekend. Natuurlijk kan hij dat ook nu niet nevens den schuldeischer, met dat gevolg, dat dezelfde schuld tweemalen in berekening zou worden gebragt (2); maar wanneer de schuldeischer zelf, rekenende op den borg, zijne vordering niet liet verifiëren, zal de borg zelf dit kunnen doen, en zoo althans ten deele schadeloos worden gesteld, terwijl hij anders welligt, na zelf den schuldeischer te hebben betaald, van alle verhaal op den schuldenaar verstoken zou zijn, omdat deze niets meer bezit (3).

1004. In de derde plaats kan de borg den schuldenaar aanspreken, indien deze zich verbonden heeft om hem binnen zekeren tijd het ontslag van zijn' borgtogt te bezorgen. In dit geval geldt de overeenkomst tusschen partijen als wet, en de borg kan dus na verloop van dien tijd de nakoming dier verbindtenis vorderen (4). Dit geldt alleen voor hem tegenover den schuldenaar; de schuldeischer verliest door dat tijdsverloop zijn regt tegen den borg niet, tenzij deze zich ook jegens hem slechts tot een bepaalden tijd verbonden had, in welk geval hij de hier bedoelde vordering tegen den schuldenaar niet eens noodig heeft. De hoofdschuld zelve wordt daardoor ook niet aflosbaar, zoo zij dit anders niet was. Maar de schuldenaar kan door den borg worden aangesproken, en zoo hij dezen al geene ontheffing van zijne verbindtenis kan bezorgen, kan hij hem toch tegen mogelijke schade waarborgen, of, zoo hij dit niet wil, des noods tot vergoeding van kosten, schaden en interessen veroordeeld worden (5).

1005. In de vierde plaats heeft de borg die vordering, indien de schuld opeischbaar is geworden door het verschijnen van den termijn, op welken zij betaalbaar was gesteld. Hij kan nu spoedig vervolging

(1) SCHÜLLER, op art. 1880 B. W. Verg. POTHIER, n. 441, wiens gezag echter niets kan afdoen bij de bepaling onzer wet. — (2) Verg. DURANTON, XVIII, n. 360. — (3) Verg. TROPLONG, n. 396. Zie ook N.-Holland 7 Febr. 1850 en 10 April 1851, *W.* 1164 en 1247; *N. R. B.*, I, bl. 275–284. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 331. — (5) Verg. POTHIER, n. 441; DURANTON, XVIII, n. 363; TROPLONG, n. 397.

verwachten, en het is voor hem beter, die te voorkomen. De schuldeischer kan voorts naar goedvinden met die vervolging wachten, maar het moet niet aan hem liggen om ook den borg gedurende langen tijd verbonden te houden, op het gevaar voor dezen af, dat de schuldenaar misschien zelf intusschen onvermogend kan worden; men heeft daarom ook den borg vergund voor zijn ontslag te zorgen (1). De schuldeischer kan den schuldenaar ook een nieuwen termijn toestaan, maar hij kan daardoor den borg niet binden, die zich kan houden aan den termijn, waarop de schuld betaalbaar was gesteld (2). Maar men zal uit de uitdrukkelijke bijvoeging daarvan wel moeten afleiden, dat de borg geene vordering heeft, wanneer de schuld uit anderen hoofde opeischbaar is geworden.

1006. Eindelijk is men nog een' stap verder gegaan en heeft den borg in de vijfde plaats de vordering gegeven na verloop van tien jaren, indien de hoofdverbindtenis geen bepaalden vervaltijd heeft. Ook in dit geval heeft men hem niet met eene te langdurige verbindtenis willen belasten; en het zal er te gemakkelijker om zijn, voor zoodanige verbindtenissen borgen te vinden, nu art. 1880, 5° hun dat uitzigt geeft. Men heeft er echter de beperking bijgevoegd: „ten ware de hoofdverbindtenis van dien aard zij, dat zij niet voor eenen bepaalden tijd kan vervallen, zoo als eene voogdij" (3).

1007. Deze bepaling, overeenstemmende met die van art. 2032 C. N., is niet altijd opgevat, gelijk zij schijnt opgevat te moeten worden, en het is ook moeijelijk vol te houden, dat hare redactie in allen opzigte zoo duidelijk mogelijk is (4). Van welke hoofdverbindtenis geldt het, dat zij niet vóór een bepaalden tijd *kan* vervallen? Van de voogdij, hier als voorbeeld aangehaald, zeker niet, die toch onder anderen ook met den dood des minderjarigen eindigt (5). Het komt mij daarom voor, dat men hier moet denken aan zoodanige hoofdverbindtenissen, die *uit haren aard* niet vóór een bepaalden tijd kunnen vervallen, al kunnen zij dit ook ten gevolge van bijzondere omstandigheden, waarop oorspronkelijk niet te rekenen was. Dan is de voogdij teregt als voorbeeld aangehaald; en de borg, die bij zoodanige hoofdverbindtenissen den waarschijnlijken duur kon vooruitzien, en evenwel niet heeft bedongen, dat de schuldenaar hem binnen zekeren tijd het ontslag zou bezorgen, — waardoor hij zou vallen in het onder n. 3 genoemd geval, — had voorzeker ook geen aanspraak op de gunst, die art. 1880 wil toekennen.

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 324, 338; TROPLONG, n. 398. — (2) DE PINTO, II, § 1050, bl. 490 en v.; 3e uitg. § 1110, bl. 608; SCHÜLLER, op art. 1880 B. W. — (3) TROPLONG, n. 399 en v., 402 en v.; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 324, 338. — (4) Ongegrond schijnt echter de aanmerking van DURANTON, XVIII, n. 364, die dan ook wordt afgekeurd dóor de schrijvers, aangehaald bij TROPLONG, n. 402. — (5) Wat de tribun LAHARY zeide, *C. N. et Mot.*, VI, bl. 370, zal de zaak wel niet duidelijker maken.

1008. Art. 1880, 5° B. W. ziet in zijn geheel op zoodanige hoofdverbindtenissen, die geen bepaalden vervaltijd hebben; maar deze staan niet alle op dezelfde lijn. Er zijn namelijk zoodanige, die wel is waar ook binnenstijds vervallen kunnen, en in zoo ver geen bepaalden vervaltijd hebben, doch uit haren aard niet vóór een bepaalden tijd zullen vervallen. De borg heeft dan de vordering niet, die art. 1880 bedoelt, al duurt die bepaalde tijd ook veel langer dan tien jaren. Dat is het geval met eene voogdij, die uit haren aard ophoudt op den tijd, dat de minderjarige meerderjarig worden zal, op welk tijdstip ook de vordering tegen den voogd en zijn' borg geschapen is.

1009. Veel talrijker zijn echter de zoodanige, voor welke in het geheel geen bepaalde tijd is vastgesteld, waarop zij vorderbaar zullen moeten worden, en vóór welken zij dat uit haren aard niet zullen worden. Deze vallen niet in de uitzondering, maar in den regel van art. 1880, 5° B. W. En de woorden, waarin die regel is uitgedrukt, zijn zoodanig algemeen, dat het onverschillig is, of de verbindtenis uit haren aard altijddurend, dan of haar duur wel begrensd is, mits niet door een bepaalden vervaltijd. Dit laatste is het geval met eene lijfrente, met een vruchtgebruik en dergelijke, en het is mij niet duidelijk, hoe men, met het oog op de bepaling der wet, den borg, die zich daarbij heeft verbonden, een regt ontzeggen kan, dat zij hem in de duidelijkste bewoordingen geeft. Dat de schuldenaar b. v. eener lijfrente zich niet van de betaling kan ontheffen gedurende het leven van hem, op wiens lijf de rente is gevestigd (art. 1821 B. W.), kan tegenover die bepaling niets afdoen, welke trouwens ook den borg het regt niet geeft, den schuldenaar tot afdoening der schuld te noodzaken, maar alleen om hem van zijn' borgtogt te ontheffen, of anders schadeloos te stellen (1). Het eerste is het geval met eene altijddurende rente (2).

§ 6.

Regten en verpligtingen tusschen meer borgen.

1010. Wanneer verscheiden personen zich tot borgen hebben gesteld voor denzelfden schuldenaar en ter zake van dezelfde schuld, kan de een zoo goed als de ander door den schuldeischer aangespro-

---

(1) Zie echter DURANTON, XVIII, n. 364; ZACHARIAE, II, § 427, bl. 69, n. 3; SCHÜLLER, op art. 1880 B. W. — (2) POTHIER, n. 443; MALLEVILLE, IV, n. 121 en v.; DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 405 en v.; ZACHARIAE, II, § 427, bl. 69 en n. 2.

ken, en zoo zij ook al gebruik maken van het voorregt van schuldsplitsing, toch ieder voor zijn aandeel tot betaling veroordeeld worden. Hierom is ook aan hem, die de schuld voldaan heeft, in art. 1881 B. W. een verhaal op de overige borgen, ieder voor zijn aandeel, toegekend. In het Romeinsche regt was hem dit niet gegeven (1); maar men was hiervan afgeweken in het vroegere Fransche regt, dat in art. 2033 C. N. gevolgd werd, althans wat het beginsel betreft, waarin ook onze wetgever den Franschen heeft gevolgd (2), ofschoon er overigens tusschen art. 2033 C. N. en art. 1881 B. W. nog al verschil bestaat.

1011. Art. 1881 B. W. kent dat verhaal toe aan den borg, die betaald heeft. Betaling is alzoo een vereischte tot het bestaan van zoodanig regt. Een regt, zoo als POTHIER den tot betaling aangesproken borg toekende, om van de overige borgen te vorderen, dat ieder voor zijn aandeel zou bijdragen tot de voldoening der schuld (3), heeft de wet hem niet gegeven. Vervolging alleen kan geen aanspraak geven, die alleen gegrond kan zijn op betaling (4). In het algemeen is den borg, vóórdat hij betaald heeft, geene vordering tegen zijne medeborgen toegekend, ofschoon hem die in art. 1880 B. W. wel is toegekend tegen den schuldenaar.

1012. Het schijnt daarom eenigzins vreemd, dat art. 2033 C. N. het verhaal van den borg tegen zijne medeborgen juist verbindt aan eene betaling in de gevallen van het voorgaand artikel (art. 1880 B. W.), daar er tusschen de bepalingen dier beide artikelen eigenlijk geen verband bestaat. Zelfs werd dan ook beweerd, dat alleen het eerste, tweede en vierde geval hier in aanmerking kunnen komen (5), wat echter om de duidelijkheid der wet, die algemeen spreekt, in verband ook met de geschiedenis der beraadslaging, met grond werd betwist (6). Hoe dit zij, bij ons is men daarvan afgeweken; men heeft het verhaal van den borg bepaaldelijk aan twee der in art. 1880 uitgedrukte gevallen verbonden en daardoor ook den schijn van een verband opgeheven, dat inderdaad niet bestaat.

1013. Niet elke betaling geeft namelijk den borg verhaal op zijne medeborgen, maar alleen betaling „in de gevallen bij n. 1 en 2 van het vorige artikel voorzien", en dus, indien hij tot betaling in regten vervolgd werd en daarom betaald heeft, en indien de schuldenaar in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen is verklaard. Bij

(1) Zie l. 39, D. *de fidejuss.* (XLVI, 1); l. 11 C. *de fidej.* (VIII, 41). Verg. v. SAVIGNY, *Obligr.*, I, bl. 273 en v. — (2) Verg. POTHIER, n. 445; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 338 en v., 370; MALLEVILLE, IV, bl. 122 en v.; DURANTON, XVIII, n. 365 en v.; TROPLONG, n. 418—421. — (3) POTHIER, n. 445. — (4) TROPLONG, n. 422—424. — (5) DURANTON, XVIII, n. 366. — (6) TROPLONG, n. 425; ZACHARIAE, II, § 428, bl. 69 en n. 4.

de beraadslaging werd gevraagd, waarom de bepaling van dit artikel ook niet toepasselijk is op de drie laatste gevallen van het vorige artikel, en de Regering gaf daarop ten antwoord, dat men het verhaal van den borg heeft bepaald tot het geval, waarin hij is genoodzaakt geweest om de schuld af te doen, en dat men in de overige gevallen den medeborg niet aansprakelijk heeft willen stellen voor vrijwillig gedane betalingen (1). Ook ASSER spreekt in denzelfden geest en merkt aan, dat in de beide eerste gevallen van art. 1880 de borg zich in de noodzakelijkheid bevindt om de schuld te kwijten, en het alzoo van zelf spreekt, dat hij zijn verhaal op de medeborgen kan uitoefenen, doch dat het anders met de zaak gelegen is in de drie andere gevallen, omdat, wanneer de schuldeischer stilzit, de borg door de betaling eene vrijwillige daad heeft verrigt, welke niet ten nadeele der medeborgen behoort te strekken (2). Volkomen juist schijnt echter die verklaring niet; daar de borg niet gezegd kan worden genoodzaakt te zijn tot betaling der schuld, doordien de schuldenaar in staat van faillissement of kennelijk onvermogen is verklaard, wanneer hij zelf niet wordt aangesproken; terwijl toch dit laatste blijkbaar niet vereischt wordt tot een verhaal, dat ook op grond van betaling in het geval van art. 1880, 2° wordt toegekend. Hoe dit zij, de borg heeft nu in het algemeen zijn verhaal op de medeborgen, wanneer hij tot betaling vervolgd werd en daarom betaald heeft; hij heeft het daarentegen, zoo hij betaalt zonder vervolgd te zijn, in het algemeen niet, maar — behalve wanneer hij door den schuldeischer in diens plaats was gesteld (3), wat door art. 1881 niet wordt belet, hetwelk enkel bepaalt, wat van regtswege plaats heeft, — alleen indien de schuldenaar is verklaard in staat van faillissement of van kennelijk onvermogen. Trouwens, hij kan in dit laatste geval zijn verhaal niet met goed gevolg tegen den schuldenaar uitoefenen, en teregt is het hem daarom gegeven tegen hen, die even als hij zich tot borgen hadden gesteld, en daarom ook met hem verbonden waren.

1014. Het kan zijn, dat de borg, hoezeer betaald hebbende, geen verhaal heeft tegen den schuldenaar, b. v. wanneer hij in het geval van art. 1880, 2° betaald heeft zonder daartoe in regten te zijn aangesproken en zonder den hoofdschuldenaar te hebben verwittigd, en deze gronden had om de schuld vervallen te doen verklaren. Men schijnt den borg in dat geval ook het verhaal te moeten ontzeggen tegen zijne medeborgen, die dan natuurlijk hunnerzijds ook geen ver-

---

(1) VOORDUIN, V, bl. 422. — (2) ASSER, § 866; DE PINTO, II, § 1052, bl. 491; 3e uitg. § 1112, bl. 608; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1881 B. W. — (3) V. BELL, *De subrogatie*, bl. 115, n. 2.

haal op den schuldenaar zouden hebben (1). Wel maakt art. 1881 daaromtrent geen onderscheid, maar kent het in het algemeen in de genoemde gevallen het verhaal toe; maar wanneer de schuld vervallen was, heeft de borg onverschuldigd betaald en kan zijne medeborgen daardoor niet belasten. Anders zou het zijn, zoo het verhaal tegen den schuldenaar enkel afstuitte op eene alleen den persoon des schuldenaars betreffende exceptie; de borg heeft dan zeer zeker verhaal op de overige borgen, die met hem geldig verbonden zijn.

1015. De borg heeft zijn verhaal tegen de medeborgen, ieder voor zijn aandeel (2). Wel kon de schuldeischer ieder voor het geheel aanspreken, maar onderling moesten zij slechts alle voor hun aandeel aansprakelijk zijn, omdat zij tezamen evenzeer zijn verbonden, en niet alleen tegenover den schuldeischer, maar ook onderling tot elkander in regtsbetrekking staan; terwijl anders het verhaal van den een op den ander niet alleen omslagtig zou wezen, maar ook in een' kring zou rondloopen. Ieder voor zijn aandeel zouden ze ook door den schuldeischer zijn aangesproken, wanneer de borg gebruik had gemaakt van het voorregt van schuldsplitsing. En in het algemeen kan ook, volgens art. 1329 *a* B. W., de medeschuldenaar eener hoofdelijke verbindtenis, die de geheele schuld voldaan heeft, van de overige niet meer terugvorderen dan het aandeel van ieder hunner bedraagt. Maar indien één van hen onvermogend is om te betalen, wordt, volgens art. 1329 *b*, het verlies, door zijn onvermogen veroorzaakt, pondpondsgelijk verdeeld tusschen de overige schuldenaren, die betalen kunnen, en dengene, die de schuld voldaan heeft; en deze bepaling is, volgens art. 1881 *b* B. W., ook op de borgen toepasselijk. Men heeft ook hier den regel toepasselijk willen maken, die daar ten aanzien van medeschuldenaren eener hoofdelijke verbindtenis voorkomt, omdat dezelfde reden ten aanzien der borgen, ingeval van onvermogen van een hunner, aanwezig is (3). En ofschoon hetzelfde ook onder den C. N. werd aangenomen (4), die de bepaling van art. 1881 *b* B. W. niet bevat, geloof ik, dat evenwel de bijvoeging daarvan als eene verbetering kan worden beschouwd, dienstig om allen twijfel op te heffen, die niet zonder grond geopperd kon worden, daar art. 1329 *b* hier regtstreeks even weinig toepasselijk zou zijn als het eerste lid.

1016. Het verdient voorts nog opmerking, dat art. 1881 B. W., hoezeer dit niet uitdrukkelijk vermeldende, evenwel van de veronderstelling is uitgegaan, dat verscheiden personen zich tegelijk tot borgen hebben gesteld. Tot dit geval moet dan ook, mijns bedun-

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 366; ZACHARIAE, II, § 428, bl. 69. — (2) DURANTON, XVIII, n. 368; TROPLONG, n. 432. — (3) VOORDUIN, V, bl. 422 en v. — (4) TROPLONG, n. 440; DURANTON, XVIII, n. 368.

kens, die wetsbepaling beperkt worden (1). Zoo de borgen op verschillende tijden zich jegens den schuldeischer verbonden hebben, zijn zij daarom tegenover dezen niet minder voor het geheel aansprakelijk; maar onderling zijn zij vreemd aan elkander en hebben zich niet jegens elkander verbonden; zij kunnen zich ook op geene res inter alios acta beroepen.

AFDEELING IV.

Van het te niet gaan van borgtogt.

§ 7.

Door welke oorzaken borgtogt te niet gaat.

1017. „De verbindtenis uit borgtogt voortspruitende", zegt art. 1882 B. W., „gaat te niet door dezelfde oorzaken, waardoor de overige verbindtenissen eindigen." Dit zou voorzeker evenzeer het geval zijn, wanneer de wet het niet uitdrukkelijk bepaalde, en bij de algemeenheid van art. 1417 B. W. was er eerder eene andere bepaling noodig, om het tegendeel, dan deze om hetzelfde te beslissen, wat reeds elders is bepaald. Men zou daarom genegen kunnen zijn, uit de woorden van den tribun LAHARY (2) af te leiden, dat hier onder „de overige verbindtenissen", „les autres obligations" gedacht moet worden aan de hoofdverbindtenis, waaraan de borgtogt is verbonden, ware het niet, dat ook bij POTHIER eene stelling voorkomt, in gelijken geest als art. 2034 C. N. (3).

1018. Hoe dit zij, de wet bepaalt nu niet met ronde woorden, dat de verbindtenis, uit borgtogt voortspruitende, te niet gaat met de hoofdverbindtenis. Art. 1882 B. W. toch doet meer denken aan zoodanige oorzaken, waardoor de verbindtenis van den borg regtstreeks te niet gaat. Evenwel gaat deze ook middellijk te niet door het te niet gaan der hoofdverbindtenis, zonder welke zij niet kan bestaan, en met welke zij dus noodwendig eindigen moet (4); terwijl omgekeerd gene niet eindigt omdat deze te niet gaat, daar zij zonder deze

---

(1) Anders TROPLONG, n. 426. — (2) „Et d'abord le projet décharge la caution dans tous les cas où l'obligation principale est éteinte." *C. N. et Mot.*, VI, bl. 371. — (3) POTHIER, n. 406; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 339. — (4) POTHIER, n. 377, 406; MALLEVILLE, IV, bl. 123; DURANTON, XVIII, n. 371.

zeer goed bestaanbaar is (1). De oorzaken, waardoor in het algemeen verbindtenissen eindigen, kunnen dus de verbindtenis, uit borgtogt voortspruitende, op tweederlei wijze doen te niet gaan: regtstreeks, wanneer zij die verbindtenis zelve raken; middellijk, wanneer zij de hoofdverbindtenis betreffen. Eene korte beschouwing van sommige dier oorzaken zal hier niet overbodig zijn.

1019. Betaling doet de verbindtenis van den borg te niet gaan, hetzij hij zelf, hetzij de schuldenaar betaald heeft; behoudens in het eerste geval zijn verhaal op dezen. Ook de betaling, die een derde doet, heeft hetzelfde gevolg, tenzij die derde bij de betaling in plaats van den schuldeischer gesteld wordt, in welk geval de borg even weinig als de schuldenaar bevrijd is en de betaling de schuld niet te niet doet, maar slechts een andere schuldeischer in de plaats van den vroegeren treedt (2). Zoo de schuldenaar of een derde zonder indeplaatstreding betaalt, is het te niet gaan der verbindtenis van den borg slechts een middellijk gevolg van de afdoening der hoofdschuld (3); en zoo hij slechts voor een gedeelte der schuld of voor ééne uit meer schulden borg geworden is, kan hij geene aanmerking maken op de toerekening der betaling, zoo als die bij kwijting is geregeld (4). Wanneer over die toerekening niets bepaald is, moet de betaling eerder geacht worden geschied te zijn voor de schuld, waarvoor borg is gesteld, dan voor die, waarvoor dit niet heeft plaats gehad, omdat de schuldenaar meer belang had gene dan deze te voldoen (5). Wanneer slechts voor een gedeelte derzelfde schuld borg gesteld was, wordt deze door eene gedeeltelijke betaling niet ontheven, tenzij de betaling uitdrukkelijk met toestemming van den schuldeischer op dat gedeelte mogt zijn toegerekend (6). Voorts zij nog aangemerkt, dat de bevrijding door betaling niet beperkt moet worden tot de voldoening eener verschuldigde geldsom, maar dat hetzelfde geldt van elke voldoening aan de verbindtenis, waarin die ook moge bestaan (7). Eveneens staat aanbod van gereede betaling, gevolgd door bewaargeving, ook voor den borg met betaling gelijk (8).

1020. De borg is ook bevrijd, wanneer de schuld is afgedaan door afgifte van iets anders, in plaats van het eigenlijk verschuldigde, met onderlinge toestemming van schuldeischer en schuldenaar. De vrijwillige aanneming van eenig onroerend of ander goed, door den

---

(1) DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 472. — (2) TROPLONG, n. 498 en v. — (3) De borg heeft dan ook geen regt om van den schuldeischer een bewijs van kwijting te vorderen. Verg. *Regtsg. Adv.*, II, bl. 108—110. — (4) TROPLONG, n. 500. — (5) Verg. hierboven VI, n. 805. — (6) TROPLONG, n. 501. — (7) TROPLONG, n. 471. Verg. hierboven VI, n. 740. — (8) TROPLONG, n. 502.

schuldeischer in betaling der hoofdschuld gedaan (1), ontslaat, volgens art. 1886 B. W., den borg, al ware het ook, dat naderhand het goed van den schuldeischer wierd uitgewonnen. De schuldeischer moge ten gevolge dier uitwinning eene vordering tegen den schuldenaar hebben, voor deze verbindtenis heeft de borg zich niet verbonden. De oorspronkelijke schuld is door die afgifte, ten gevolge der regeling tusschen den schuldeischer en den schuldenaar, afgedaan. En de borg zou, zoo hij evenwel ook voor de uitwinning aansprakelijk bleef, door die regeling niet weinig benadeeld kunnen worden, omdat hij daardoor belet werd gebruik te maken van de bevoegdheid, hem in art. 1880 B. W. gegeven, of om te betalen vóórdat welligt door het onvermogen van den schuldenaar zijn verhaal onmogelijk werd (2); terwijl anders welligt ook zijne verpligting, door eene bijkomende vergoeding van kosten, schaden en interessen, van grooten omvang worden zou. De schuldeischer zou zich zelfs niet geldig de verbindtenis van den borg zonder diens toestemming kunnen voorbehouden (3).

1021. Hetzelfde geldt ingeval eener eigenlijke schuldvernieuwing. Ook door deze gaat de schuld te niet, en schuldvernieuwing, ten aanzien van den hoofdschuldenaar te weeg gebragt, ontslaat, volgens art. 1460 *b* B. W., de borgen (4). Wij hebben vroeger gezien, dat bij zoodanige schuldvernieuwing geen voorbehoud ten aanzien der borgen, zonder toestemming van dezen, kan gelden, maar dat in zoodanig geval, volgens art. 1460 *c* B. W., de oude verbindtenis blijft voortduren, zoo de borgen weigeren toe te treden tot de nieuwe schikking, die van hunne toetreding afhankelijk is gesteld (5). Schuldvernieuwing met den borg doet diens verbindtenis als zoodanig te niet gaan, al blijft de hoofdschuld bestaan.

1022. Vergelijking van schuld heeft van regtswege plaats, waar twee personen over en weder elkanders schuldeischers zijn. Voor zoo ver dus de hoofdschuldenaar tevens schuldeischer is van zijnen schuldeischer, gaat zijne schuld tegen die van dezen te niet, niet slechts ten aanzien van hem zelven, maar ook van den borg, wiens verbindtenis zonder die hoofdschuld niet kan bestaan. De borg kan daarom, volgens art. 1466 *a* B. W., in vergelijking brengen, hetgeen de schuldeischer aan den hoofdschuldenaar verschuldigd is, d. i. bij

(1) Men heeft hier weer de zich anders door hare redactie weinig aanbevelende officiële vertaling gevolgd, terwijl art. 2038 C. N. spreekt van „l'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale." – (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 325 en v., 340; MALLEVILLE, IV, bl. 125; POTHIER, n. 406, 4°; DURANTON, XVIII, n. 383; TROPLONG, n. 580 en v. — (3) Verg. TROPLONG, n. 583. Zie echter DURANTON, XVIII, n. 383. — (4) POTHIER, n. 578; TROPLONG, n. 573 en v., 577 en v. — (5) Zie hierboven VI, n 913

kan zich op die vergelijking beroepen (1), en de hoofdschuldenaar kan zelfs door geen' afstand van de vergelijking den borg dat beroep ontnemen. Wanneer de borg schuldeischer is van den schuldeischer heeft van regtswege geene vernietiging van schulden door vergelijking plaats, omdat de borg slechts borg, maar niet de schuldenaar is. De hoofdschuldenaar kan dan ook, volgens art. 1466 *a* B. W., niet in vergelijking brengen hetgeen de schuldeischer aan den borg schuldig is; hij kan zich te dien aanzien niet op vergelijking beroepen. Even weinig kan zulks een medeborg doen. Maar de borg, die tevens schuldeischer is, kan, wanneer de betaling der schuld van hem gevorderd wordt, zijne inschuld daartegen in vergelijking brengen; en de hoofdschuld is dan ook afgedaan, wat de hoofdschuldenaar tegenover den schuldeischer betreft, even alsof de borg haar had afbetaald, en gelijk gevolg heeft het ook tusschen den hoofdschuldenaar en dezen (2).

1023. Wanneer de hoedanigheden van schuldeischer en schuldenaar zich in denzelfden persoon vereenigen, heeft, volgens art. 1472 B. W., van regtswege eene schuldvermenging plaats, waardoor de schuld (3) vernietigd wordt, en die, volgens art. 1473 *a* B. W., ook ten voordeele der borgen werkt, omdat met de hoofdschuld ook de verbindtenis van den borg vervalt (4). De oorzaak der schuldvermenging kan te niet gaan en de verbindtenis herleven; de verpligting van den borg herleeft dan eveneens (5). Voor het overige zij nog aangemerkt, dat, wanneer de borg reeds een gedeelte der schuld betaald had vóór de schuldvermenging, deze niet te zijnen nadeele werken kan en hem niet berooft van zijn verhaal op den schuldenaar; de schuld is dan voor zoo ver niet door de schuldvermenging te niet gegaan, maar door de betaling, waardoor de borg regt van verhaal gekregen heeft (6).

1024. Schuldvermenging heeft ook plaats, wanneer de hoedanigheden van borg en van schuldeischer zich in denzelfden persoon vereenigen. De vernietiging der hoofdverbindtenis is daarvan wel niet het gevolg, gelijk ook art. 1473 *b* B. W. uitdrukkelijk zegt, maar de verbindtenis tusschen den borg en den schuldeischer wordt daardoor vernietigd. Voor den hoofdschuldenaar is die schuldvermenging eene onverschillige zaak. Dat zij niet in zijn nadeel werkt, en de borg niet als lasthebber interessen kan vorderen, sedert den dag, waarop die beide betrekkingen in één persoon vereenigd zijn, even alsof hij de schuld aan den schuldeischer had betaald (7), behoeft

---

(1) Verg. hierboven VI, n. 968. – (2) Verg. hierboven VI, n. 969 en v.; TROPLONG, n. 470. — (3) Verg. hierboven VI, n. 995. – (4) TROPLONG, n. 479 en v. – (5) Verg. hierboven VI, n. 1004; TROPLONG, n. 482. — (6) TROPLONG, n. 481. – (7) TROPLONG, n. 492.

zelfs geene herinnering, wanneer men den borg niet als lasthebber beschouwt. Maar zij werkt ook niet in zijn voordeel; en niet slechts behoudt de borg, die erfgenaam van den schuldeischer wordt, zijn verhaal voor hetgeen hij vroeger mogt hebben betaald, met de kosten en schadevergoeding, waar die te pas komt, maar ook de schuldeischer, die erfgenaam wordt van den borg, heeft als zoodanig hetzelfde verhaal, dat deze anders zelf tegen den schuldenaar had kunnen uitoefenen (1).

1025. De wet spreekt in art. 1883 B. W. nog van eene andere schuldvermenging, welke plaats heeft tusschen den persoon van den hoofdschuldenaar en dien van den borg, wanneer de een erfgenaam wordt van den ander. Doch wanneer men niet wil denken aan het verhaal, dat de borg op den schuldenaar heeft, en dus aan genen als schuldeischer van dezen, — waaraan trouwens in art. 1883 niet te denken valt, — dan bestaat hier geene schuldvermenging, omdat niet de hoedanigheden van schuldeischer en schuldenaar in denzelfden persoon vereenigd zijn (2).

1026. En niet alleen, dat hier geene schuldvermenging bestaat; de vereeniging, waarvan wij hier spreken, doet ook noch de hoofdschuld, noch den borgtogt te niet gaan. Wat het laatste betreft, wordt wel is waar algemeen het tegenovergestelde beweerd (3), maar ik zie daarvoor geen grond, en merk daarbij eene inconsequentie op, welke de juistheid dier bewering voor het minst zeer moet doen betwijfelen. Geen enkele wetsbepaling verklaart in dat geval de verbindtenis van den borg vervallen; men grondt dit dan ook slechts daarop, dat niemand voor zich zelven borg kan zijn. Maar hoezeer het in den aard der zaak ligt, dat men geen borg voor zich zelven kan worden, omdat dit tot niets zou leiden, terwijl dan ook art. 1857 B. W. bepaaldelijk spreekt van een' derde, die zich als borg verbindt, ligt daarin echter nog niet volstrekt opgesloten, dat, waar eenmaal de verbindtenis van den borg nevens die van den schuldenaar bestaat, de vereeniging dier beide hoedanigheden in één persoon noodwendig het te niet gaan van eene dier verbindtenissen, en dan wel juist van die van den borg, ten gevolge moet hebben. In den regel zal het wel zijn, alsof deze is te niet gegaan, omdat zij voor den schuldeischer geheel onverschillig is geworden; maar niet altoos is dit het geval. Het kan toch zijn, dat de borg krachtiger verbonden is dan de schuldenaar, wanneer deze zich namelijk beroepen kan op eene hem persoonlijk betreffende exceptie, die de borg, volgens art. 1884 *b*

---

(1) Duranton, XVIII, n. 378; troplong, n. 491. — (2) Verg. opzoomer, III, bl. 285. — (3) De pinto, II, § 1053, bl. 491; 3e uitg. § 1113, bl. 609; v. assen, § 404, bl. 446; opzoomer, t. a. p.; duranton, XVIII, n. 373; troplong, n. 483; toullier, VII, n. 425.

B. W., niet in het midden kan brengen. Men neemt aan, dat die krachtiger verbindtenis dan blijft bestaan, ook wanneer de schuldenaar erfgenaam van den borg of de borg erfgenaam van den schuldenaar geworden is, en men grondt dit daarop, dat de schuldeischer niet moet benadeeld worden door eene omstandigheid, waaraan hij vreemd is (1). Maar wanneer het waar was, dat de verbindtenis van den borg noodwendig moet vervallen, wanneer hij tevens de hoedanigheid van hoofdschuldenaar in zich vereenigt, moet dan het nadeel, dat de schuldeischer daardoor lijden zal, niet als een noodzakelijk gevolg daarvan beschouwd worden, waaraan niets verholpen kan worden? En waarop kan het gegrond zijn, dat, wanneer de verbindtenis van den borg vervalt, evenwel datgene, waardoor zij boven die van den hoofdschuldenaar voor den schuldeischer voordeelig is, zou blijven voortduren? Laat men dan niet iets geheel accessoirs bestaan, waar men beweert, dat de verbindtenis zelve is te niet gegaan? Mijns bedunkens kan dit niet anders dan inconsequent genoemd worden, en zal men om die krachtiger verbindtenis te behouden, die ook ik zeer zeker geloof dat blijft bestaan, noodwendig moeten aannemen, dat de vereeniging der hoedanigheden van borg en hoofdschuldenaar de verbindtenis van den borg niet opheft en daaraan niets verandert. Ik houd mij dan ook overtuigd, dat de borg, wanneer hij, hoezeer niet krachtiger verbonden dan de hoofdschuldenaar, na die vereeniging als borg door den schuldeischer wordt aangesproken, geene niet-ontvankelijkverklaring vorderen kan, op grond dat hij geen borg meer, maar alleen hoofdschuldenaar is. Trouwens, de vereeniging der hoedanigheden van schuldenaar en borg heft natuurlijk de verbindtenis op, welke tusschen hen mogt bestaan; maar men houde wèl in het oog, dat de borgtogt den borg jegens den schuldeischer verbonden heeft, en dat deze verbindtenis niet anders dan door eene der bij de wet erkende oorzaken kan vervallen.

1027. Met onze meening (2) stemt dan ook de bepaling van art. 1883 B. W. geheel overeen, volgens welke de daar bedoelde schuldvermenging, of liever de vereeniging der hoedanigheden van borg en hoofdschuldenaar in één persoon, de regtsvordering niet vernietigt van den schuldeischer tegen dengene, die zich tot borg gesteld heeft van den borg (3). Men heeft dit daarop gegrond, dat de achterborg, voor den borg instaande, tegelijk voor den hoofdschuldenaar instaat en dus verbonden blijft zoolang de hoofdverbindtenis voortduurt (4);

---

(1) Zie TOULLIER, VII, n. 428; DURANTON, XVIII, n. 375; TROPLONG, n. 483 en v. Verg. voorts OPZOOMER, III, bl. 238 en v. — (2) Verg. ZACHARIAE, II, § 429, bl. 70 en n. 3. — (3) Anders naar het Romeinsche regt. Zie l. 21 § 2 D. *de fidej.*, l. 38 § 5 D. *de solut. et liberat.* (XLVI, 3). Verg. POTHIER, n. 383. — (4) DURANTON, XVIII, n. 377; TROPLONG, n. 488; TOULLIER, VII, n. 426.

maar teregt is dit door OPZOOMER bestreden (1): de achterborg is borg van den borg, niet van den hoofdschuldenaar. Doch wat deze schrijver als grond onzer bepaling aanvoert, dat namelijk de wetgever het als eene onbillijkheid voor den schuldeischer beschouwde, dat deze buiten zijn toedoen in een slechteren toestand zou komen, dan waarin hij vroeger verkeerde, komt mij niet meer bevredigend voor. Wanneer de verbindtenis van den borg jegens den schuldeischer, tegenover den achterborg de hoofdverbindtenis, is te niet gegaan, hoe kan dan de billijkheid alleen een grond zijn om eene bijkomende verbindtenis te erkennen, waar de hoofdverbindtenis niet bestaat, en zulks ofschoon de wetgever zelf in art. 1858 *a* B. W. uitdrukkelijk heeft verklaard, dat gene zonder deze niet kan bestaan? (2) Maar bovendien zou, hetgeen men billijk achtte voor den schuldeischer, tot eene bepaalde onbillijkheid leiden voor den borg. Wanneer de achterborg slechts borg is van den borg, niet van den hoofdschuldenaar, gelijk ook OPZOOMER stelt, tegen wien zal hij dan zijn verhaal hebben, wanneer hij op de vordering van den schuldeischer heeft betaald? Tegen den hoofdschuldenaar als zoodanig niet, want hij is geen borg van dezen; tegen denzelfden als borg even weinig, want zijne verbindtenis als borg acht men vervallen. De regtsbetrekking tusschen den schuldeischer en den achterborg kan mijns bedunkens niet blijven bestaan, wanneer de tusschenpersoon wordt weggenomen en hij, voor wien de achterborg heeft aangenomen te betalen, in die hoedanigheid wordt weggecijferd. Ik meen daarom in die bepaling onzer wet een' grond te vinden voor mijne meening, dat de vereeniging der hoedanigheden van hoofdschuldenaar en borg in één persoon wel beider verbindtenis in één persoon vereenigt, maar de verbindtenissen zelve in dien éénen persoon onveranderd laat voortbestaan (3).

1028. Om dezelfde reden stem ik dan ook, tegen het gevoelen van OPZOOMER, met hen in, die leeren, dat pand of hypotheek, tot zekerheid der verbindtenis door den borg gesteld, in stand blijft ook

---

(1) OPZOOMER, III, bl. 237 en v. — (2) De aanmerking van DE PINTO, II, § 1053, bl. 491; 3e uitg. § 1113, bl. 609, dat de reden, waarom naar zijne meening de verbindtenis van den borg vervalt, omdat men zijn eigen borg niet zijn kan, niet voor den borg van den borg bestaat, is ook niet voldoende om art. 1883 B. W. te regtvaardigen. — (3) Dit wordt bevestigd door hetgeen de tribun LAHARY zeide omtrent het, met art. 1883 B. W. overeenstemmend, art. 2035 C. N.: „Le projet *ne regarde pas* la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal ou de la caution, *comme une cause d'extinction du cautionnement.* Il déclare *au contraire* que lorsque le débiteur principal et la caution deviennent héritiers l'un de l'autre, l'action du créancier subsiste contre celui qui s'est rendu caution de la caution." Zie *C. N. et Mot.*, VI, bl. 371.

wanneer deze tevens hoofdschuldenaar is geworden (1). In art. 1833 B. W. geene afwijking, maar eene handhaving ziende van een regtsbeginsel, kan ik in de les van PAULUS: „quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias", hoe juist zij overigens zijn mag, geen bewijs tegen dat gevoelen vinden.

1029. Kwijtschelding der schuld, aan den hoofdschuldenaar toegestaan, bevrijdt de borgen, art. 1478 *a* B. W., en wij hebben vroeger gezien, dat het daarvoor onverschillig is, op welke wijze de kwijtschelding geschiedt (2). Wij hebben tevens gezien, dat de schuldeischer niet den hoofdschuldenaar kan kwijtschelden, en zich zijn regt tegen de borgen voorbehouden (3). Het verband dus tusschen de hoofdschuld en de verbindtenis van den borg, waardoor gene de noodzakelijke voorwaarde is voor het bestaan van deze, kan de schuldeischer niet opheffen. Eveneens kan de schuldenaar dat niet, door afstand te doen van de hem verleende kwijtschelding; hij kan zich op nieuw verbinden, maar de vroegere verbindtenis, waaraan de borgtogt was verbonden, is opgeheven, en daarmede ook deze (4).

1030. Kwijtschelding, aan den borg toegestaan, bevrijdt den hoofdschuldenaar niet, behalve voor het bedrag, dat de schuldeischer daarvoor van den borg ontvangen heeft, art. 1478 *b* en 1479 B. W., en kwijtschelding, aan een' der borgen toegestaan, bevrijdt de overigen niet, art. 1478 *c* B. W. Maar hem, wien kwijtschelding is gegeven, ontheft zij van de verbindtenis. Het is ook hier onverschillig, op welke wijze de kwijtschelding is verleend; men houde slechts in het oog, dat zij niet wordt verondersteld, maar bewezen moet worden; art. 1474 B. W. Wat bepaaldelijk de vraag betreft, of onder het legaat van kwijtschelding van schuld ook borgtogt en borgschuld begrepen zijn, hare beantwoording zal zeker mede afhangen van de omstandigheden, voor zoo ver de bedoeling van den erflater daaruit zou kunnen worden afgeleid; over het algemeen komt mij echter de bevestigende beantwoording aannemelijk voor (5).

1031. Men heeft hierbij ook gesproken van het accoord, door den gefailleerden schuldenaar met zijne schuldeischers aangegaan (6). Wij hebben echter reeds vroeger aangemerkt, dat zoodanig accoord niet als eene kwijtschelding beschouwd moet worden (7), zoodat dus daarvan hier geen sprake kan zijn. Dat zoodanig accoord door den borg niet kan worden ingeroepen, kan overigens wel niet twijfelachtig zijn;

---

(1) TOULLIER, VII, n. 427; TROPLONG, n. 489; ZACHARIAE, II, § 429 in f., bl. 70. — (2) Hierboven VI, n. 1021. — (3) Hierboven VI, n. 1022. Verg. TROPLONG, n. 505. — (4) DURANTON, XVIII, n. 381. — (5) Verg. mr. J. DE VRIES JZ., in *N. Jaarb. v. R. en W.*, II, bl. 575 en v. — (6) DURANTON, XVIII, n. 380; TROPLONG, n. 504, die beide aannemen, dat de borg er niet door wordt gebaat. — (7) Hierboven VI, n. 1021, bl. 419, n. 3.

de verbindtenis van den borg zou anders den schuldeischer niets baten, die toch slechts juist dat zou genieten, wat hij ook genieten zou, zoo de schuldenaar alleen verbonden was. De borg, die zich verbonden heeft te betalen, indien of voor zoo ver de schuldenaar niet zelf voldoet, wordt daarvan niet ontheven door het faillissement des schuldenaars of de wettelijke gevolgen daarvan.

1032. Het verloren gaan der verschuldigde zaak, wanneer namelijk eene bepaalde zaak het onderwerp der verbindtenis was, doet mede deze en daarmede ook die van den borg te niet gaan, overeenkomstig art. 1480 B. W. Maar hiertoe is het noodig, dat de zaak verloren ga buiten schuld van den schuldenaar, en vóórdat deze in de levering daarvan nalatig is geweest, of dat, zoo hij reeds in gebreke was, de zaak op gelijke wijze bij den schuldeischer verloren zou zijn gegaan, zoo zij dezen geleverd was geweest. Anders vervalt de verbindtenis van den hoofdschuldenaar niet, en dus ook niet die van den borg, welke in dit geval alleen zou te niet gaan, omdat gene vervalt. Maar hoe, zoo de zaak verloren gaat door de schuld van den borg? Het zal wel niet twijfelachtig zijn, dat de verbindtenis ten aanzien van den hoofdschuldenaar desniettemin te niet is gegaan, omdat de schuld van den borg niet zijne schuld is. Doch dan geloof ik, dat men ook niet kan aannemen, dat de verbindtenis van den borg, die toch zonder gene niet kan bestaan, evenwel blijft voortduren. Waar de schuld is te niet gegaan, kan de borg als zoodanig niet verbonden blijven; maar hij zal uit eigen hoofde aansprakelijk zijn tot vergoeding van kosten, schaden en interessen ten gevolge zijner onregtmatige daad, die voor hem eene nieuwe verbindtenis doet geboren worden (1).

1033. De vervulling eener ontbindende voorwaarde kan zoowel de hoofdverbindtenis en daarmede die van den borg, als deze alleen doen te niet gaan. Hetzelfde geldt van het verloop van den tijd, waarvoor men zich verbonden heeft, en van eene latere overeenkomst, waarbij de vroegere wordt te niet gedaan.

1034. Ook door verjaring gaat de verbindtenis van den borg met de hoofdverbindtenis te niet. Doch de beteekening, aan den hoofdschuldenaar gedaan, of zijne erkentenis stuit, volgens art. 2021 B. W., de verjaring ook tegen den borg (2). Dit ziet op eene erkentenis, vóórdat de schuld nog is verjaard; zoo deze eenmaal door verjaring is te niet gegaan, kan de door den schuldenaar gedane afstand van de verjaring den borg niet schaden (3). Dat eene beteekening

---

(1) Verg. LECLERCQ, aangehaald bij TROPLONG, n. 524, 4°. Anders PONSOT, mede aldaar aangehaald; DURANTON, XVIII, n. 372; POTHIER, n. 382. Verg. n. 666. — (2) TROPLONG, n. 463. — (3) TROPLONG, n. 519.

aan den borg, of eene erkentenis van dezen, evenzeer de verjaring tegen hem stuit, spreekt wel van zelf. Den invloed hiervan op de hoofdschuld, welke ons hier minder aangaat, zullen wij te zijner plaatse nagaan (1).

1035. Wegens het naauw verband tusschen de hoofdverbindtenis en die van den borg, die zonder gene niet kan bestaan, kan, volgens art. 1884 *a* B. W., de borg zich tegen den schuldeischer van alle exceptiën bedienen, die aan den hoofdschuldenaar toekomen en tot de schuld zelve behooren. De wet kende die bevoegdheid aan den borg als zoodanig toe, en het is daarbij onverschillig, of hij zich hoofdelijk heeft verbonden of niet; zoo hij zich maar als borg en niet als schuldenaar verbonden heeft (2). Hij kan zich van die exceptiën bedienen op zijn' eigen naam, en is daarin geheel onafhankelijk van den hoofdschuldenaar, wiens afstand hem ook niet verkort in zijne bevoegdheid om ze voor zich in te roepen. Hij kan het doen, hetzij de hoofdschuldenaar, zelf aangesproken, zich ook reeds van die exceptiën heeft bediend, hetzij hij zelf, met voorbijgang van den hoofdschuldenaar, in regten is geroepen (3). En de schuldeischer kan zich op die exceptiën tegen hem natuurlijk evenzeer verdedigen als tegen den hoofdschuldenaar, en op dezelfde gronden, die ook tegen dezen van kracht zouden zijn (4).

1036. De wet spreekt hier van exceptiën; de bedoeling is echter ongetwijfeld, dat de borg zich op dezelfde gronden tegen de vordering kan verdedigen als de hoofdschuldenaar, mits die gronden de schuld zelve betreffen. Dit is met name het geval met een beroep op gebrek aan toestemming, aan een voldoend onderwerp of aan eene geoorloofde oorzaak der overeenkomst (5). Het is eveneens het geval met alle oorzaken, waardoor de schuld, oorspronkelijk werkelijk bestaande, later is te niet gegaan. Het is op gelijke wijze het geval met een vonnis, waarbij den schuldeischer, als partij tegen den hoofdschuldenaar, de eisch is ontzegd, en de borg kan zich evenzeer als de schuldenaar op het gezag der gewijsde zaak beroepen (6).

1037. Art. 1884 *a* spreekt van exceptiën, welke aan den hoofdschuldenaar toekomen en tot de schuld zelve behooren; het tweede lid bepaalt dit nog nader door te zeggen, dat hij geene exceptiën in

---

(1) Dat ook te dien aanzien die stuiting geldt, beweert TROPLONG, n. 464 en v., tegen DURANTON, XXI, n. 283. — (2) TOULLIER, VII, n. 522 en v. – (3) Verg, TROPLONG, n. 90, 494; ZACHARIAE, II, § 426, bl. 67. — (4) Verg. Nijmegen 6 Sept. 1842, *R. B.*, V, bl. 532 en v. — (5) Het bestaan van zoodanige oorzaak kan ook tegenover den borg uit brieven van den hoofdschuldenaar blijken; Nijmegen, t. a. p. — (6) Verg. POTHIER, n. 380; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 325, 339 en v.; MALLEVILLE, IV, bl. 124; DURANTON, XVIII, n. 379; TROPLONG, u. 47, 89, 494, 510 en v.; ZACHARIAE, II, § 426, bl. 67, n. 2.

het midden kan brengen, welke alleen den persoon van den schuldenaar betreffen. Deze zijn niet juist dezelfde als die, welke art. 1323 *a* B. W. bedoelde met exceptiën, „die hem persoonlijk eigen zijn"; onder deze worden daar ook begrepen de exceptiën, gegrond op een gebrek aan toestemming, die bij art. 1884 in het eerste lid vallen, als behoorende tot de schuld, welke door dat gebrek nietig is. Exceptiën, den persoon des schuldenaars alleen betreffende, zijn de zoodanige, welke gegrond zijn op zijne onbekwaamheid, maar overigens de schuld zelve in hare waarde laten (1).

1038. Het spreekt van zelf, hoezeer de wet daarvan niet uitdrukkelijk melding maakt, dat de borg, behalve de verdedigingsmiddelen, die den schuldenaar toekomen, ook die kan bezigen, welke alleen hem zelven betreffen. Hij is echter te dien aanzien vrij, en zoo hij in plaats daarvan liever betaalt of zich laat veroordeelen, heeft hij evenwel zijn verhaal op den schuldenaar, die hem niet kan tegenwerpen, dat hij zich daartegen op de bedoelde gronden had kunnen verdedigen, en voorzeker ook niet, dat hij iets heeft betaald, wat niet verschuldigd was (2).

1039. Tot die eigene verdedigingsmiddelen behoort ook, dat de borg, door toedoen van den schuldeischer, niet meer kan treden in de regten, hypotheken en voorregten van den schuldeischer. De borg is dan ontslagen, zegt art. 1885 B. W., en hij kan dus op dien grond zich tegen den eisch verdedigen. De wet geeft hem verhaal tegen den schuldenaar, wanneer hij heeft betaald; zij verzekert hem dat verhaal door hem van regtswege te doen treden in de regten, welke de schuldeischer tegen den schuldenaar had; maar nu moet dan ook de schuldeischer hem van dien waarborg niet kunnen berooven; of zoo hij het deed, heeft hij het zich zelven te wijten, dat de borg te zijnen opzigte is vrijgesteld (3).

1040. De wet verbindt dat ontslag niet in het algemeen aan de omstandigheid, dat de schuldeischer niet meer kan treden in de regten, hypotheken en voorregten van den schuldeischer, maar alleen dan, wanneer dit veroorzaakt is door toedoen vau den schuldeischer. Het kan een gevolg zijn van eenige daad of handeling van dezen, b.

---

(1) Verg. POTHIER, n. 380; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 340; MALLEVILLE en DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 495 en v.; ZACHARIAE, II, § 426, bl. 67, n. 1. De beide laatstgenoemde schrijvers wijzen op eenig onderscheid in de beteekenis van „exceptions personnelles" in art. 1208 en 2036 C. N. Men zou kunnen meenen, dat onze wetgever daarom in art. 1323 en 1884 B. W. verschillende uitdrukkingen gebezigd heeft; maar hij was daarin reeds voorgegaan door de officiële vertaling van den C. N., die hij ook hier slechts heeft gevolgd. — (2) TROPLONG, n. 473 en v. — (3) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 340, 371; DURANTON, XVIII, n. 382; TROPLONG, n. 526—551.

v. wanneer hij toestemming geeft tot doorhaling eener hypotheek; maar het kan evenzeer een gevolg zijn van eenig gebrek aan handeling, een verzuim of eene nalatigheid, b. v. wanneer hij verzuimd heeft door het nemen van inschrijving aan eene hem verleende hypotheek gevolg te geven. Er bestaat toch volstrekt geene reden om het woord „toedoen" in zoo beperkten zin op te vatten, dat er juist eene handeling noodig zou zijn; zoowel ten aanzien der schuld van den schuldeischer, als der gevolgen voor den borg staat een verzuim met zoodanige handeling geheel gelijk (1). Maar er moet dan toch den schuldeischer een verzuim te wijten zijn; zijn stilzitten op zich zelf is niet voldoende; hij moet hebben stilgezeten, waar tot behoud zijner regten gehandeld worden moest (2).

1041. Art. 1885 B. W. luidt algemeen en ziet niet alleen op hypotheken en voorregten, aan de schuld verbonden, maar in het algemeen op alle regten van den schuldeischer, waarin de borg van regtswege zou treden. De bepaling der wet is ook niet beperkt tot regten, hypotheken en voorregten, die bestonden ten tijde der borgstelling, of waarop toen althans door den borg kon gerekend worden, maar omvat ook die, welke eerst later zijn verkregen of ontstaan (3). Voor het overige kan men zoowel uit de woorden der wet als uit de strekking harer bepaling afleiden, dat, terwijl het geheel ontslag van den borg slechts daarvan een gevolg is, dat de borg ten aanzien der geheele schuld niet meer in de regten van den schuldeischer treden kan, hij zoo ook, waar hem dit slechts voor een gedeelte onmogelijk is geworden, slechts voor een gelijk gedeelte ontslagen is, en voor het overige verbonden blijft (4).

1042. Art. 1885 B. W. spreekt slechts van den borg, en er bestaat geen grond, om het toe te passen op hoofdelijke schuldenaren, en den een ontslagen te achten, voor zoo ver hij niet meer kan treden in de regten des schuldeischers tegen de andere schuldenaren (5). Daar zij hoofdelijke schuldenaren zijn, staat ieder van hen tot den schuldeischer in gelijke betrekking, alsof hij alleen schuldenaar was. Ik zou hier zelfs niet mèt OPZOOMER eene uitzondering willen maken voor het geval van art. 1331 B. W., omdat in dat geval zij, die

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 382; TROPLONG, n. 564—569; ZACHARIAE, II, § 429, bl. 69, n. 7; DE PINTO, II, § 1054, bl. 491; 3e uitg. § 1114, bl. 609; SCHÜLLER, op art. 1881 B. W.; OPZOOMER, III, bl. 241 en v.; V. BELL, *De subrogatie*, bl. 114, n. 1. Anders POTHIER, n. 557; TOULLIER, VII, n. 172. — (2) Verg. 2e kgr. Amsterdam 26 Julij 1853, *N. R. B.*, IV, bl. 226 en v.; Amsterdam 7 Dec. 1853, *N. R. B.*, IV, bl. 177 en v. — (3) DURANTON, XVIII, n. 382; TROPLONG, n. 570 en v.; ZACHARIAE, II, § 429, bl. 69 en v. — (4) TROPLONG, n. 572; ZACHARIAE, II, § 429, bl. 70. — (5) TROPLONG, n. 563; OPZOOMER, III, bl. 240 en v. Anders DURANTON, XVIII, n. 362, n.; ZACHARIAE, I, § 298, 3°, bl. 303 en n. 4.

zich als hoofdelijke schuldenaren verbonden hebben, wel onderling in eene bijzondere betrekking tot elkander staan, maar tegenover den schuldeischer, gelijk zij hier in betrekking tot dezen beschouwd moeten worden, evenzeer hoofdelijke schuldenaren zijn.

1043. Maar art. 1885 B. W. spreekt in het algemeen van den borg, en men zal zich daarom moeten vereenigen met hen, die van meening zijn, dat het evenzeer toepasselijk is op hem, die zich als borg hoofdelijk mede heeft verbonden, of die anderszins geen genot heeft van het voorregt van uitwinning, als op iederen anderen borg (1). Art. 1869, 2º B. W. kan hier het tegendeel niet bewijzen, vermits de strekking dier woorden beperkt moet worden op de hierboven (n. 918) door ons aangewezen wijze. De borg blijft borg, niet alleen tegenover den schuldenaar, maar ook tegenover den schuldeischer, die hem als zoodanig kent en zijne waarborgen onaangeroerd moet laten. Zijne hoofdelijke verbindtenis geeft wel den schuldeischer een sterker regt en krachtiger aanspraak tegen hem, maar doet hem daarom zijn karakter van borg niet verliezen. Hij valt dus geheel in de algemeene bepaling der wet, wier letterlijke opvatting tot eene algemeene toepassing leidt, die bovendien wordt aanbevolen door de billijkheid en de vermoedelijke bedoeling der partijen: daar hij, die zich als borg verbond, welligt juist door de zekerheid, die van elders voor de voldoening der schuld bestaat, er toe geleid is om zich hoofdelijk met den schuldenaar te verbinden, en daardoor den schuldeischer een te grooteren waarborg te verschaffen; maar niet geacht kan worden, de beschikking over die zekerheid ook geheel aan het welgevallen van den schuldeischer te hebben willen overlaten. Diezelfde opvatting, gunstig voor den borg, is daardoor tevens in het belang van het maatschappelijk verkeer, dat in den borgtogt zulk een nuttigen steun vindt. Troplong, die het tegendeel beweert, beroept zich vooral daarop, dat zoodanige borg het voorregt van uitwinning mist; maar het komt mij voor, dat hij in dezen te veel gewigt hecht aan dat voorregt, en de bepaling van art. 1885 B. W. al te zeer daarmede in verband gebragt wil hebben. In tegendeel geloof ik, dat het veelmeer in verband gebragt moet worden met het van regtswege treden in de regten van den schuldeischer, dat wel, zoo men wil, beschouwd kan worden als eene van regtswege den borg toegekende „exceptio cedendarum actionum", doch niet in dien zin, dat de schuldeischer zou kunnen volstaan met hem te doen treden in die regten en vorderingen, die hij had op het oogenblik, dat de borg betaalt, daar

---

(1) Opzoomer, III, bl. 240; v. bell, bl. 114, n. 2; duranton, XVIII, n. 362, n.; zachariae, II, § 429, bl. 69 en n. 8; p. mourlon, in *Rev. crit. de législ. et de jurispr.*, III (1853), bl. 290—310. Anders troplong, n. 667 en v.

de bepaling van art. 1885 B. W. juist de strekking heeft, om den schuldeischer te beletten den borg te verkorten in de regten, hem in art. 1877 gegeven. Of nu de borg het voorregt van uitwinning kan inroepen of niet, dit is wel van invloed op des schuldeischers vordering tegen hem, maar niet op zijn verhaal op den schuldenaar, niet op zijne subrogatie en ook niet op den waarborg, dien art. 1885 B. W. hem daarvoor geeft.

1044. Dat dit artikel, alleen voor den borg geschreven, niet ook kan worden ingeroepen door hem, die, zonder borg te worden, zijn goed voor de schuld met hypotheek heeft bezwaard, schijnt niet twijfelachtig (1), maar behoeft ons hier niet langer bezig te houden.

1045. Ten slotte bepaalt de wet nog in art. 1887 B. W., dat een eenvoudig uitstel van betaling, door den schuldeischer aan den hoofdschuldenaar toegestaan, den borg niet ontslaat. Heeft de borg zich voor een bepaalden tijd jegens den schuldeischer verbonden, zoo kan dat uitstel zijne verbindtenis niet langer doen voortduren. Heeft hij zich in het algemeen als borg verbonden, zoo kan het uitstel evenzeer in zijn nadeel werken, wanneer de zaken van den schuldenaar later achteruitgaan, als in zijn voordeel, wanneer die zaken vooruitgaan; maar de verbindtenis blijft dezelfde en de borg wordt er niet door bevrijd. Dat uitstel werkt ook in zijn voordeel; maar zoo hij zijne verbindtenis niet langer wil doen voortduren, dan ze zou hebben voortgeduurd, wanneer het uitstel niet verleend was, zoo kan hij, volgens de verdere bepaling van art. 1889 B. W., den schuldenaar vervolgen en noodzaken om (2) óf te betalen óf hem het ontslag van zijn' borgtogt te bezorgen (3).

---

(1) TROPLONG, n. 561 en v.; ZACHARIAE, II, § 429, bl. 69 en v., n. 8. Verg. DUPRET, in *Rev. d. rev. de droit*, VIII, bl. 169—186. — (2) In art. 1887 B. W. staat tweemalen kort na elkander *om hem*, terwijl het eerste terugslaat op den schuldenaar, het ander op den borg. — (3) Verg. POTHIER, n. 406, 4; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 341, 372; MALLEVILLE, IV, bl. 125; DURANTON, XVIII, n. 384; TROPLONG, n. 575 en v.

NEGENTIENDE TITEL.

Van dading.

§ 1.

Begrip van dading.

1046. Onze wetgever heeft, zoo in het opschrift als in de onderscheidene bepalingen van dezen titel en in sommige andere artikelen, den naam van *dading* gegeven aan eene handeling, die althans vóór onze wetgeving meer algemeen bekend was onder den naam van transactie. En terwijl elders in het opschrift van titel of afdeeling twee benamingen tezamen zijn gevoegd, om de minder bekende als aan de hand der meer gebruikelijke in te leiden, is hier het woord dading alleen gebezigd. Bij de beraadslaging werd de opmerking gemaakt, dat dit woord niet genoegzaam bekend zou zijn; maar de Regering antwoordde daarop, dat het ook reeds in het eerste boek was gebruikt en dat het bij alle voorname schrijvers wordt gebezigd (1). Welke die voorname schrijvers zijn, wordt niet opgegeven; maar zeker mag men dat algemeen gebruik van het woord betwijfelen. De Groot (2) spreekt van *dading* en bezigt tevens het werkwoord *dadingen*. Huber (3) spreekt van *pleyts-ackoort* en voegt er bij, dat dit anders transactie, bij de Groot dading genoemd wordt. Van Leeuwen (4) spreekt van *verdrag en overeenkomst*, en Merula (5), om geene anderen te noemen, zegt, dat partijen ook dikwijls, zonder den regter daarmede te bemoeijen, middelen van accoord zoeken, die eigenlijk genoemd werden *transactie* (6). Dit woord werd ook gebezigd in het Ontwerp van 1820 (boek III, tit. 31). In art. 2097 B.

(1) Voorduin, V, bl. 423. – (2) III, 4. — (3) *Heedend. Regtsg.*, III, 15, n. 1. — (4) *R.-H.-Regt*, V, 23. — (5) *Manier van procederen*, IV, 54, n. 9. — (6) Verg. over dit woord Troplong, *Des transactions*, n. 3.

W. wordt gesproken van het treffen eener *schikking*; maar ofschoon de heer VAN ASSEN (1) dit woord als van dezelfde beteekenis beschouwt met dading, en daaraan de voorkeur geeft, komt het mij echter voor, dat aan het woord schikking eene meer algemeene beteekenis moet worden toegekend, en dat daaronder alle overeenkomsten begrepen moeten worden, waardoor een regtsgeding wordt voorgekomen of geëindigd, zonder dat zij juist eene dading behoeven te zijn. Zeker is 't althans, dat in art. 884 W. v. K. de bevoegdheid om accoorden of schikkingen (2) aan te gaan, nevens die om dadingen te treffen, wordt toegekend, en dat hier aan schikkingen van onderscheiden aard — allerlei pactiones, zegt HOLTIUS — gedacht moet worden (3).

1047. Art. 1888 *a* B. W. zegt, dat de dading is eene overeenkomst, waarbij partijen, tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak, een aanhangig geding ten einde brengen of een te voeren geding voorkomen. En deze bepaling, die wij nader in hare bijzonderheden zullen beschouwen, drukt het begrip van dading vrij bepaald en duidelijk uit. Wij zouden echter liever zeggen, dat zij is eene overeenkomst, waarbij partijen met eenige opoffering aan beide zijden een tusschen haar bestaand verschil afdoen (4).

1048. Dading is eene overeenkomst. Zij moge in art. 1895 *a* B. W. gezegd worden tusschen de partijen kracht van gewijsde in het hoogste ressort te hebben, — eene bepaling, waarop wij later terugkomen, — dit neemt niet weg, dat zij alleen bestaat in den overeenstemmenden wil van partijen, die zich overeenkomstig hare eigenaardige strekking jegens elkander verbinden. Dat zij strekt om aan een bestaand verschil een einde te maken, kan haar natuurlijk niet beletten eene overeenkomst te zijn (5). Ik zie daarin zelfs geene reden om haar eene bijkomende overeenkomst te noemen (6). Tot haar bestaan toch wordt juist geene andere overeenkomst en zelfs geene andere verbindtenis gevorderd, daar zij ook kan worden aangegaan tot afdoening van een verschil over beweringen van de eene jegens de andere partij, die allen grond missen; terwijl zij zich in allen gevalle niet bij eene bestaande verbindtenis voegt, maar enkel in een bestaand verschil hare aanleiding, en in de zucht om het af te doen hare oorzaak vindt. Zij is eene overeenkomst op zich zelve, die

(1) V. ASSEN, bl. 448 der 1e uitg.; verg. 2e uitg. bl. 138 en v. — (2) De mem. v. toel. sprak van „minnelijke schikkingen", VOORDUIN, X (*W. v. K.*, III), bl. 821. — (3) Verg. ASSER C. S., op art. 884 W. v. K.; mr. A. C. HOLTIUS, *Het Nederl. faillitenregt*, bl. 443. — (4) Verg. andere bepalingen bij TROPLONG, n. 4; ZACHARIAE, II, § 418, bl. 57; V. ASSEN, § 406. — (5) Verg. TROPLONG, n. 14 en v., 26; DE PINTO, II, § 1056, bl. 493; 3e uitg. § 1116, bl. 610. — (6) Zoo V. ASSEN, § 406, bl. 448; NIENHUIS, *Voorl.*, I, bl. 89; V. HALL, *Handl.*, § 25, 7 *b*, bl. 55.

daarom ook teregt in een afzonderlijken titel behandeld is, en niet, gelijk in de Ontwerpen van 1816 en 1820, ter plaatse, waar van het te niet gaan van het regt van inschuld gehandeld werd, tusschen den titel van kwijtschelding en dien van schuldvernieuwing (1).

1049. Dading is eene overeenkomst en als zoodanig bron eener verbindtenis, die zuiver of voorwaardelijk kan zijn, naarmate zij door partijen zuiver of voorwaardelijk is aangegaan (2). De gewone vereischten eener overeenkomst moeten ook bij haar aanwezig zijn; dit geldt de bekwaamheid der partijen, waaromtrent art. 1889 B. W. eene bijzondere bepaling behelst, die niets te kort doet aan hetgeen de wet in het algemeen vordert; het geldt van de toestemming, wier gemis het begrip van dading geheel uitsluit, en wier gebrek, volgens art. 1896 en v. B. W., ook tot hare vernietiging kan leiden; het geldt van het onderwerp, waartoe ook art. 1889 *a* B. W. betrekkelijk is; het geldt evenzeer van de oorzaak, ook blijkens art. 1899 B. W.

1050. Even als bij iedere andere overeenkomst, kan ook bij eene dading eene strafbepaling gevoegd worden, waardoor aan hem, die haar niet nakomt, bepaalde verpligtingen worden opgelegd. Art. 2047 C. N. zegt dit uitdrukkelijk. Men achtte het misschien dienstig daaromtrent allen twijfel weg te nemen, omdat zoodanige strafbepaling de bron van nieuwe geschillen worden kan, en daarom wel eens geoordeeld zou kunnen worden met het doel der dading weinig te strooken. Maar het doel der strafbepaling is voorzeker om aan de dading meer kracht bij te zetten, en zoo zij tot nieuwe geschillen aanleiding geeft, zijn dit toch altijd nieuwe geschillen, geheel onderscheiden van die, welke door de dading zijn afgedaan; de strafbepaling strijdt dus met het doel der dading niet (3). Maar nu was dan ook eene uitdrukkelijke bepaling deswege niet noodig, daar bij het stilzwijgen der wet natuurlijk de algemeene regel ook hier moet gelden. Dit is de reden, waarom zoodanige bepaling door onzen wetgever niet is overgenomen (4). En al wat omtrent eene strafbepaling in het algemeen geldt, geldt dus ook van die, welke bij eene dading gevoegd is (5).

1051. De wet noemt dading eene overeenkomst, waarbij partijen een aanhangig geding ten einde brengen of een te voeren geding voorkomen. Zij kan dus niet alleen plaats hebben, wanneer er reeds een geding wordt gevoerd, maar ook vóórdat het nog zoo ver

(1) VOORDUIN, I, 1°, bl. 59; V, bl. 423; DE PINTO, t. a. p.; NIEUHUIS, bl. 95. — (2) DURANTON, XVIII, n. 394. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 378; TROPLONG, n. 103. — (4) VOORDUIN, V, bl. 423 en v.; ASSER, § 868. — (5) Verg. hierboven VI, n. 371 en v.; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 389; DURANTON, XVIII, n. 413; TROPLONG, n. 104 en v.

is gekomen. En ofschoon de woorden der wet bepaaldelijk schijnen te wijzen op het geval, dat een geding, zoo niet aanhangig, dan toch ophanden is, zal men evenwel ook dit niet als een noodzakelijk vereischte kunnen beschouwen; gelijk daaromtrent trouwens ook in elk geval geene bepaalde zekerheid te verkrijgen zou zijn. Het is dus voldoende, zoo er over het onderwerp der dading een geding kan ontstaan, dat nu door haar wordt voorgekomen. Daarom hebben wij in onze bepaling gesproken van een tusschen partijen bestaand verschil (1), welke uitdrukking zoowel een aanhangig als een aanstaand en zelfs een mogelijk geding in zich bevat, zonder dat hare onbepaaldheid ligt ten gevolge zal hebben, dat het begrip van dading te ver zal worden uitgestrekt. En wij meenen daaraan de voorkeur te moeten geven, liever ook dan te spreken van een twijfelachtig of onzeker regt; omdat, zoo men de geldigheid eener dading afhankelijk wilde maken van de vraag, of het regt, waarover zij loopt, inderdaad twijfelachtig en onzeker was, in de plaats van het ten einde gebragt of voorgekomen geding ligt een ander van gelijken aard zou geboren worden; terwijl, zoo men alleen vordert, dat het regt naar de meening der partijen of ook zelfs van eene van haar onzeker en twijfelachtig is, daarmede in de toepassing niet anders bedoeld kan worden, dan dat er tusschen partijen verschil bestaat. Dit laatste is bovendien iets, dat opgemerkt kan worden, terwijl aangaande de meening der partijen minder gemakkelijk volkomen zekerheid verkregen kan worden (2).

1052. Wanneer partijen, om welke reden dan ook, den vorm eener dading hebben gebezigd, om daaronder eene schenking of eenige andere overeenkomst te verbergen, zoo moet de handeling beoordeeld worden naar hetgeen inderdaad tusschen partijen is geschied, maar kan door deze niet tot dading gemaakt worden, wat een kenmerkend bestanddeel mist, 'twelk de wet tot haar wezen vordert. Het is daarbij geheel onverschillig, of men overeenkomstig de woorden der wet van het niet-bestaan van een aanhangig of te voeren geding spreekt, dan of men zegt, dat er geen twijfelachtig regt bestond, of wel dat er tusschen partijen geen verschil aanwezig was over datgene, waarover de dading is aangegaan. In elk geval zal de vraag, in hoe ver dat noodwendig bestanddeel eener dading ontbreekt, als

(1) In de Wet v. 22 Dec. 1850 (Sb. n. 99), betreffende dadingen over domaniale zaken, wordt, art. 1, ook gesproken van verschillen over regten op onroerende zaken. — (2) Verg. overigens *C. N. et Mot.*, VI, bl. 375; MALLEVILLE, IV, bl. 128; DURANTON, XVIII, n. 395 en v.; TROPLONG, n. 5 en v.; ZACHARIAE, II, § 418, 2°, bl. 58; H. VAN DER TUUK, *De transactionibus, sec. jus Rom.* (Gron. 1830), bl. 26 en v.; G. HIDDINGH, *De necessariis transactionum requisitis ex jure civ. Gall.* (Gron. 1831), bl. 4 en v.

quaestio facti door den regter beslist moeten worden, die voorzeker niet ligt en zonder overtuigende gronden zal weigeren eene aangegane dading als zoodanig te erkennen, en zich bepaaldelijk daartoe wel niet zal laten verleiden door de overweging, dat het onderwerp tot geen gegronden twijfel aanleiding gaf, en er dus met grond geen verschil tusschen partijen kon, dat er althans geen verschil moest bestaan (1).

1053. Maar niet elke overeenkomst, waarbij partijen een bestaand verschil afdoen, is eene dading; zij is dit alleen, wanneer zulks plaats heeft tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak, gelijk art. 1888 *a* B. W. zegt. Deze laatste woorden komen niet voor in art. 2044 *a* C. N.; de Fransche wetgever schijnt ze, op het voetspoor van DOMAT, niet noodig geacht te hebben tot bepaling van het begrip van dading (2). Maar de schrijvers over het Fransche regt keurden juist daarom de gegeven bepaling af, beschouwden haar als veel te ruim en achtten een noodzakelijk bestanddeel daarin verzwegen (3). Evenwel werd ook nog bij de beraadslaging over onze wetgeving de weglating dier, reeds in het Ontwerp opgenomen, woorden voorgesteld. Maar de Regering bewilligde in dit voorstel niet, en merkte aan, dat deze woorden juist de ware beginselen van dading kenschetsen, en uit het Romeinsche regt zijn overgenomen; en dat, indien iemand zonder overgifte, belofte of terughouding eener zaak van een geding afziet, zulks geen dading is (4). Zoo was ook reeds in het Romeinsche regt gezegd: „transactio, nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit" (5).

1054. De overgave, belofte of terughouding moet aan beide zijden plaats hebben. Het is wel niet noodig, dat de opofferingen van den een juist geëvenredigd zijn aan die van den ander; dat is te minder noodig, omdat de dading niet alleen ter bevordering van stoffelijke belangen, maar vooral ook van eensgezindheid, rust en zekerheid wordt aangegaan; maar beide partijen moeten zich eene opoffering getroosten, en daarmede het verschil afdoen (6). Wat overigens de door den wetgever gebezigde woorden betreft, ze zijn zonder twijfel ontleend aan, en bij wijze van vertaling overgenomen uit den zoo even

---

(1) Verg. DURANTON, XVIII, n. 395 en v., 398; TROPLONG, n. 5, 22; ZACHARIAE, II, § 418, bl. 58 en n. 1. — (2) Ook DE GROOT, III, 4, noemt dading eenvoudig een toesegging van dingsluyden tot des dingstallige saeks beslissing. — (3) DURANTON, XVIII, n. 391 en v.; TROPLONG, n. 4, 21; ZACHARIAE, II, § 418, bl. 57, n. 9. — (4) VOORDUIN, V, bl. 424; ASSER, § 867; DE PINTO, II, § 1056, bl. 492; 3e uitg. § 1116, bl. 609 en v.; SCHÜLLER, op art. 1888 B. W. — (5) L. 38 C. *de transact.* (II, 4). — (6) DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 19 en v.; ZACHARIAE, II, § 418, 3°, bl. 58; DE PINTO en SCHÜLLER, t. a. p.; R., in *N. Jaarb. v. R. en W.*, XII, bl 136 en v.

aangevoerde uitspraak van het Romeinsche regt. Men zal ze echter niet zoo letterlijk moeten opvatten, alsof bij eene dading juist aan beide zijden iets moet worden overgegeven, of beloofd, of teruggehouden. Ze schijnen mij veelmeer toe gebezigd te zijn om op de verschillende wijzen opmerkzaam te maken, waarop aan beide zijden de opoffering, die men vorderde, kan plaats hebben, maar dan ook volstrekt niet van een beperkenden aard te zijn, en andere wijzen, waarop zoo iets kan geschieden, uit te sluiten, zoo als gedeeltelijken afstand van de aanspraken, die men maakt, en dergelijke. En daarom hebben wij in onze bepaling liever het algemeene woord „opoffering" gebezigd, en gemeend zulks te doen volgens den geest onzer wetspaling.

1055. Dat partijen haar verschil afdoen *tegen* overgave, belofte of terughouding eener zaak, beteekent dus enkel, dat zij het doen met eenige opoffering aan beide zijden. Men kan er dus niet uit afleiden, dat tot het bestaan der dading, bij de wederzijdsche toestemming, overgifte eener zaak gevorderd wordt, en zij alzoo is eene zoogenaamde reële overeenkomst (1). Volgens de bepaling van art. 1888 *a* B. W. staat belofte of terughouding met overgave gelijk, en even als dading met gene kan bestaan, is het daartoe ook slechts noodig, dat deze worde toegezegd. De dading is volkomen, wanneer de overeenkomst is gesloten, waarbij partijen haar verschil afdoen tegen bepaling der opofferingen, die zij beide zich getroosten.

1056. Wij achten het begrip van dading hiermede genoegzaam aangewezen. Zij is daardoor gemakkelijk van andere handelingen te onderscheiden. Duidelijk is het onderscheid tusschen haar en een compromis, waarbij partijen haar verschil niet afdoen en zich daartoe geene opoffering getroosten, maar de beslissing aan scheidsmannen opdragen. Even duidelijk is het onderscheid tusschen dading en eene kwijtschelding van schuld, eene verwerping of een afstand van regten, waartoe geen verschil noodig is, en waarbij, zoo er ook al een verschil mogt bestaan, dat daardoor ophoudt, de eene partij niets, de andere alles opoffert. Zij verschilt evenzeer van de bevestiging of bekrachtiging eener voor nietig-verklaring vatbare verbindtenis; die wel is waar het gevolg eener dading zijn kan, maar op zich zelve eene geheel andere handeling is, door den wetgever in andere bepalingen (art. 1492, 1929 B. W.) geregeld (2). Evenzeer verschilt zij van het doen van afstand van de instantie, waartoe wel, zoo zij na het antwoord van den verweerder geschiedt, de toestemming van dezen noodig is, maar waarbij niet alleen geene opoffering van beide zijden te pas komt, maar ook het verschil zelf tusschen partijen niet wordt afgedaan.

(1) Zie NIENHUIS, *Voorl.*, I, bl. 89. — (2) DURANTON, XVIII, n. 393; TROPLONG, n. 23.

1057. Ten slotte zij nog aangemerkt, dat eene dading ook het gevolg kan zijn van eene verschijning van partijen voor den regter overeenkomstig art. 19 W. v. B. R., maar dat de gewone bepalingen omtrent dading ook in dit geval evenzeer van toepassing zijn.

§ 2.

Over de personen, door wie, en de zaken, waarover eene dading kan worden aangegaan, en over de wijze, waarop van haar bestaan moet blijken.

1058. Om eene dading te kunnen aangaan, moet men niet alleen in het algemeen de bevoegdheid bezitten, vereischt tot het sluiten eener overeenkomst; men moet ook, volgens art. 1889 *a* B. W., de bevoegdheid hebben om over de onderwerpen, in de dading begrepen, te kunnen beschikken (1). Men moet kunnen beschikken over datgene, waarop men aanspraak maakt en dat als zoodanig het onderwerp is van het verschil, waaraan de dading een einde zal maken, en eveneens over datgene, wat zal worden overgegeven, beloofd of teruggehouden; men moet in het algemeen bevoegd zijn tot die opofferingen, welke partijen zich getroosten moeten om de dading te treffen. Vandaar dat de wet spreekt van de onderwerpen, in de dading begrepen. — En die bevoegdheid moet reeds ten tijde der dading aanwezig zijn (2).

1059. Voogden en curators kunnen, volgens art. 1889 *b* B. W., geene dading treffen, dan zich gedragende overeenkomstig (3) de bepalingen van den zestienden en achttienden titel des eersten boeks van dit Wetboek. Dit geldt voor eene verwijzing naar art. 465 en naar art. 506 in verband met art. 465 B. W. Art. 2045 *b* C. N. bepaalt nog afzonderlijk, dat de voogd met den meerderjarig geworden pupil geene dading over de voogdijrekening kan aangaan dan overeenkomstig art. 472 (art. 470 B. W.), maar kon gerust als overbodig worden weggelaten (4).

1060. Art. 1889 B. W. voegt er nog bij, dat de gemeenten en openbare instellingen geene dading kunnen treffen, dat met inachtneming der formaliteiten, voorgeschreven bij de wetten, die haar betreffen. Art. 2045 *c* C. N. bepaalt, dat zij het niet kunnen doen, dan met uitdrukkelijke magtiging van den Koning; ons art. verwijst alleen en bepaalt niets, zoodat men ook niet behoeft te treden in een

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 407 en v.; TROPLONG, n. 40 en v.; ZACHARIAE, II, § 420, bl. 59. — (2) LIPMAN, bl. 562. — (3) Waarom niet liever: dan overeenkomstig (conformement)? — (4) LIPMAN, bl. 562. Verg. voorts hierboven II, n. 977 en v.; TROPLONG, n. 43 en v.

onderzoek, wat hier door openbare instellingen verstaan moet worden. Wat de gemeenten betreft, volgens art. 137 der Gemeentewet van 29 Junij 1851 (Sb. n. 85) kan de raad tot het treffen van dadingen besluiten, maar dat besluit moet, volgens art. 194 dier Wet, aan de goedkeuring der Gedeputeerde Staten worden onderworpen. Voor de provincie besluiten, volgens art. 132 der Wet van 6 Julij 1850 (Sb. n. 39), de Staten tot het treffen van dadingen, maar behoeven, volgens art. 153, daarop des Konings goedkeuring. Wij merken voorts nog slechts aan, dat, hoezeer art. 1889 *c* van wetten spreekt, hetzelfde evenwel geldt van alle wettige verordeningen. Ook hiertegen kan, omdat, gelijk wij zoo even aanmerkten, die wetsbepaling niets bepaalt, maar slechts verwijst, geen bezwaar bestaan. Zoo blijven b. v. instellingen van weldadigheid slechts bevoegd tot het aangaan eener dading na bekomen magtiging van de Provinciale Staten, overeenkomstig het Kon. Besluit van 1 Junij 1816 (1).

1061. In het algemeen moet dus ieders bevoegdheid naar art. 1889 *a* B. W. beoordeeld worden. Getrouwde vrouwen hebben hier alzoo gelijke bevoegdheid als tot andere handelingen (2). De bevoegdheid van minderjarigen, die handligting hebben bekomen, hangt af van de bevoegdheid, hun bij die handligting toegekend (3). Zij, die in staat van faillissement verklaard zijn, zijn onbevoegd uit kracht van art. 770 *a* W. v. K. (4). Uitvoerders van uiterste wilsbeschikkingen zijn dit eveneens (5). Als gemagtigde voor een' ander heeft men, volgens art. 1833 *b* B. W., eene uitdrukkelijke lastgeving noodig om eene dading aan te gaan (6).

1062. Dat men om eene dading te treffen bevoegd moet wezen om over de daarin begrepen onderwerpen te kunnen beschikken, kan mede leiden tot beslissing der vraag, over welke zaken eene dading kan worden aangegaan. Het zijn zoodanige onderwerpen, waarover partijen kunnen beschikken. Met name geldt dit ook alleen van burgerlijke regten, en kan niet worden uitgestrekt tot publieke regten, aan eenig bestuur toekomende (7).

1063. Onze wetgever noemt, in navolging van den C. N., slechts een enkel onderwerp, en bepaalt in art. 1890 *a* B. W., dat men over de burgerlijke belangen, die uit een misdrijf ontstaan, dading kan treffen. Hij heeft bepaaldelijk daaromtrent allen twijfel willen

---

(1) Zie *Bijv. t. h. Sb.*, IV, bl. 983; nieuwe uitg., I, bl. 314. — (2) Verg. TROPLONG, n. 51 en v. — (3) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 375; DURANTON, XVIII, n. 409; TROPLONG, n. 45 en v.; ZACHARIAE, II, § 420, bl. 59. — (4) TROPLONG, n. 56. — (5) Verg. Amsterdam 31 Mei 1843, *R. B.*, V, bl. 679. — (6) Bijzondere bepalingen, betreffende dadingen over domaniale zaken, behelst de Wet v. 22 Dec. 1850 (Sb. n. 99. — (7) Verg. een Kon. Besl. v. 12 Dec. 1851, in de zaak van het Huiszittenhuis te Leiden genomen, *W.* 1291.

wegnemen, waartoe men ook door het Romeinsche regt verleid zou kunnen worden, 'twelk, een openbaar ministerie missende en ten aanzien der strafvordering van het tegenwoordige regt zeer verschillende, ook te dezen opzigte geheel andere voorschriften behelst (1). De bepaling onzer wet is algemeen en ziet op allerlei misdrijven, zoowel op misdaden als op wanbedrijven en enkele politie-overtredingen (2). Maar hoe algemeen zij wezen moge, zeer zeker moet zij beperkt worden tot een reeds gepleegd misdrijf; eene dading over een, dat nog gepleegd zal worden, zou strekken om het misdrijf te bevorderen en minder gevaarlijk te maken voor den dader, maar dan ook zeer zeker om het ongeoorloofde harer oorzaak nietig zijn (3).

1064. Men merke intusschen wèl op, dat de wet bepaaldelijk spreekt van de burgerlijke belangen, die uit een misdrijf ontstaan. De bevoegdheid geldt dus alleen ten aanzien der verbindtenissen, die uit het misdrijf als onregtmatige daad voortspruiten. En daartoe bepaalt zich ook de bevoegdheid tot beschikking, welke partijen althans in den regel niet hebben ten aanzien der strafvordering. De dading belet dan ook, volgens art. 1890 *b* B. W., geenszins de vervolging van het openbaar ministerie (4). Men behoeft zich daarbij niet op art. 14 Alg. Bep. te beroepen (5); het is genoeg, dat partijen over die vervolging niet kunnen beschikken.

1065. De vervolging van het openbaar ministerie is dus geheel onafhankelijk van de dading, en de eene kan op de andere geen invloed uitoefenen. Dit is ook in dien zin waar, dat het aangaan eener dading niet als bewijs van schuld kan worden aangevoerd tegen den verdachte, die daardoor niet geacht kan worden zijne schuld te hebben beleden, maar enkel getoond heeft het onaangename van een in geen geval vereerend proces te hebben willen ontwijken (6); gelijk aan den anderen kant eene vrijspraak geene reden kan zijn tot vernietiging der dading, tusschen de belanghebbenden aangegaan. In één geval kan wel is waar de dading ten gevolge hebben, dat eene vervolging door het openbaar ministerie onmogelijk wordt; wanneer die vervolging, overeenkomstig art. 22 *b* W. v. Sv., afhankelijk gesteld is van eene klagte der beleedigde partij, die ten gevolge der dading achterwege blijft. Maar ook dan is het eigenlijk niet de dading, maar het achterwege blijven der klagt, waardoor de vervolging wordt belet; en of dit een gevolg eener dading is, of er eene dading is aangegaan of niet, is voor het openbaar ministerie volmaakt onverschillig.

---

(1) Zie o. a. l. 18 C. *de transact.*; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 376 en v.; MALLEVILLE, IV, bl. 129; TROPLONG, n. 57. — (2) DURANTON, XVIII, n. 400; TROPLONG, t. a. p. — (3) TROPLONG, n. 60. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 389; TROPLONG, n. 57. - (5) DE PINTO, II, § 1060, bl. 494, 3e uitg. § 1120, bl. 611; SCHÜLLER, op art. 1890 B. W. — (6) MALLEVILLE, IV, bl. 131; DURANTON, XVIII, n. 400; TROPLONG, n. 58.

1066. Wel is in sommige gevallen door de wet veroorloofd, over de overtreding zelve te transigeren of in schikking te treden. Men denke b. v. aan art. 229 en 230 der Algemeene Wet van 26 Augustus 1822 (Sb. n. 38), art. 22 der Wet van 9 October 1841 (Sb. n. 42). Maar hier geldt het geene dading tusschen den overtreder en eene particuliere beleedigde partij, gelijk art. 1890 B. W. op het oog heeft.

1067. Voor het overige is, gelijk wij reeds aanmerkten, de bevoegdheid tot het aangaan eener dading, wat het onderwerp betreft, afhankelijk van de bevoegdheid om daarover te beschikken. Hiertoe is noodig, dat partijen daarover eene overeenkomst kunnen aangaan. Dit kunnen zij, volgens art. 1370 *b* B. W., niet over eene erfenis, die nog niet is opengevallen; zij kunnen dus ook geene dading aangaan, om een deswege mogelijk geding te voorkomen. Zij kunnen het ook niet over zaken, die niet in den handel zijn. Eveneens is het met alle onderwerpen, waaromtrent de wet de vrije beschikking niet aan partijen heeft gelaten. Dit geldt met name van al wat den staat der personen betreft, van den staat van Nederlander, van huwelijk of echtscheiding, scheiding van tafel en bed of van goederen, en dergelijke, waaromtrent ook art. 621 W. v. B. R. te kennen geeft, dat geene dading is toegelaten. Hierbij moet echter worden opgemerkt, dat over de enkel geldelijke belangen, die daarmede in verband staan, het aangaan eener dading in het algemeen niet ongeoorloofd is. Art. 384 B. W. verklaart ook alle overeenkomsten nietig en van onwaarde, waarbij zou worden afgezien van het regt om onderhoud te genieten; dat regt kan dus ook geen onderwerp van dading zijn. Daar wordt intusschen alleen gedoeld op het onderhoud, dat ouders en kinderen elkander volgens de wet verschuldigd zijn. Ten aanzien van giften en legaten tot levensonderhoud behelst de wet zoodanige bepaling niet. Wel sluit art. 621 W. v. B. R. ook deswege een compromis uit, maar dit schijnt op zich zelf niet voldoende om eene dading daarover nietig te verklaren. Dat art. 621 in het slot spreekt van „eenige andere geschillen waarover de wet geene dading toelaat," is geen bewijs, dat dit geldt van alle daar vooraf genoemde onderwerpen. Dat geen compromis kan worden aangegaan over onderwerpen, waarover geene dading kan getroffen worden, bewijts ook niet, dat geene dading kan worden aangegaan waar geen compromis kan plaats hebben. Daartoe is noodig, dat de wet dading uitsluit, en dit is wel het geval ten aanzien van onderwerpen, waarover de wet aan partijen de beschikking niet heeft gelaten, die tot het aangaan eener dading noodig is, maar niet ten aanzien van giften of legaten tot onderhoud, waaromtrent overigens de vrije beschikking niet is ontnomen (1).

(1) Verg. in het algemeen hierbij *C. N. et Mot.*, VI, bl. 399; DURAN-

1068. Wat de wijze betreft, waarop van het bestaan eener dading moet blijken, zoo is het noodig, dat van haar een schriftelijk blijk voorhanden zij. Met afwijking van den algemeenen regel bepaalt art. 1888 *b* B. W., dat deze overeenkomst slechts van waarde is indien zij schriftelijk is aangegaan, al mogt zij ook eene zaak betreffen, waaromtrent het bewijs door getuigen zou kunnen worden toegelaten. Daar de dading aan eenig verschil een einde moet maken, heeft men zooveel mogelijk willen zorgen, dat zij zelve niet tot een nieuw geding aanleiding zou kunnen geven, en niet gewild, dat over haar bestaan eenige strijd mogelijk zou zijn (1).

1069. Art. 2044 *b* C. N. zegt eenvoudig, dat deze overeenkomst in schrift gesteld moet worden. Dit heeft aanleiding gegeven tot de meening, dat een schriftelijk blijk juist geene noodzakelijke voorwaarde is tot de geldigheid der overeenkomst, dat de bepaling der wet alleen ten doel heeft, het getuigenbewijs uit te sluiten, ook wanneer dit anders om de waarde van het onderwerp zou zijn toegelaten (2). Er zijn die beweren, dat over het bestaan eener dading een beslissende eed kan worden opgedragen en een verhoor op vraagpunten kan worden toegelaten (3); ja, zelfs werd ook een getuigenbewijs toelaatbaar geacht, wanneer er een begin van bewijs door geschrifte aanwezig was (4). Troplong, die deze meening bestrijdt, beschouwt het ontbreken van een schriftelijk blijk als een bewijs in het oog der wet, dat partijen niet ernstig eene dading hebben bedoeld, en leert, dat alleen eene bekentenis dit vermoeden kan opheffen, die hij dan ook even als een geschrift als bewijs der dading aanneemt (5). Onze wetgever heeft aan al die onzekerheid een einde gemaakt, door te zeggen, dat eene dading slechts van waarde is, wanneer zij schriftelijk is aangegaan (6). Nu kan dus geen beslissende eed daaromtrent te pas komen (7). Nu kan men zelfs niet met troplong aan eene bekentenis de kracht toekennen om eene mondeling aangegane dading van waarde te doen zijn. Het spreekt wel van zelf, dat, wanneer partijen over en weder in der minne gevolg geven aan eene mondelinge dading, deze dan gelijke waarde heeft, als wanneer zij schriftelijk is aangegaan. De bepaling van art. 1888 *b* B. W. kan alleen in aanmerking komen, wanneer de nakoming eener dading in regten

---

ton, XVIII, n. 399 en v.; troplong, n. 63 en v.; zachariae, II, § 420, bl. 60.

(1) *C. N. et Mot.*, VI, n. 387 en v.; troplong, n. 28. — (2) Dit laatste schijnt zelfs betwijfeld te worden door malleville, IV, bl. 128 en v. — (3) Duranton, XVIII, n. 406; zachariae, II, § 420, 2°, bl. 59 en n. 9. — (4) Merlin, *Quest.*, in v. *Transaction*, § 8, n. 3. Anders zachariae t. a. p., bl. 59 en v., n. 10. — (5) Troplong, n. 27, 29 en v. — (6) Asser, § 867; lipman, bl. 562. — (7) Verg. léon, op art. 1967 B. W., II, bl. 499, n.

wordt gevorderd, en de regter dus over het al of niet bestaan eener geldige dading uitspraak moet doen. En dan zal de tegenpartij met goed gevolg kunnen volhouden, dat er wel is waar mondeling eene dading is aangegaan, maar dat zij alzoo niet deugdelijk is aangegaan en mitsdien niet van waarde is. DE PINTO acht dit vreemd en past er het gezegde van JULIANUS op toe: „non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest" (1). Ik geloof echter, dat dit hier niet moet worden toegepast. Vooreerst kan men vragen, waarom partijen niet, door de dading schriftelijk aan te gaan, aan den eisch der wet hebben voldaan en alle onzekerheid weggenomen. Maar ten anderen was het voor den wetgever het beste middel om het schriftelijk aangaan der dadingen te verzekeren, wanneer hij bepaalde, gelijk hij deed, dat daarvan al hun kracht en waarde afhankelijk zou zijn. Om die reden is een geschrift zoo gebiedend voorgeschreven, dat het gezegd kan worden tot het wezen eener dading te behooren. Men behoeft echter daarom niet te zeggen, dat het solemnitatis causa noodzakelijk is; als men let op het doel, dan is het wel degelijk probationis causa gevorderd.

1070. De wet vordert in het algemeen, dat de dading schriftelijk worde aangegaan. Zij kan dit bij eene authentieke akte, met name ook bij het proces-verbaal, waarvan art. 19 W. v. B. R. spreekt; zij kan het echter ook bij eenig onderhandsch geschrift, dat als zoodanig naar de wet als bewijsmiddel geldig is (2).

1071. Verschillend wordt er gedacht over de vraag, of art. 1888 *b* B. W. ook toepasselijk is op dadingen tusschen kooplieden over eene koophandelszaak. Er is beweerd, dat zoodanige dadingen door getuigen kunnen worden bewezen (3). Wij vereenigen ons echter geheel met hetgeen elders tot wederlegging dier leer is aangevoerd, dat namelijk zoodanige dading, hoezeer tusschen kooplieden en over eene koophandelszaak aangegaan, evenwel zelve geene zaak van koophandel is, wat zij echter zou moeten zijn om in de termen van art. 1 *b* W. v. K. te vallen, maar dat zij, onverschillig waarover ze loopt, geheel is van burgerlijken aard; dat, al ware dit ook anders, dan toch art. 1 *a* het B. W. ook op zaken van koophandel toepasselijk verklaart, voor zoo ver daarvan bij het W. v. K. niet bijzonderlijk is afgeweken, wat ten aanzien van dading niet is geschied; en dat het doel der wetsbepaling van art. 1888 *b* hetzelfde is, en zij evenzeer hare toepassing moet erlangen, hetzij de dading eene burgerlijke,

---

(1) DE PINTO, II, § 1057, bl. 493; 3e uitg. § 1117, bl. 610 en v. Zie l. 20 D. *de legibus*. — (2) TROPLONG, n. 32 en v. — (3) Mr. ASSER c. s., op art. 1 *W. v. K.*; DE PINTO, *Handl. t. h. W. v. K.*, II, § 2, bl. 15 en v.; mr. P. VAN BEMMELEN, in *Themis*, XIV, bl. 12—35.

hetzij ze eene handels-zaak ten onderwerp heeft (1). Men zou er nog bij kunnen voegen, dat van de tegenovergestelde leer het gevolg zou zijn, dat eene dading wegens art. 1 *b* W. v. K. door getuigen zou kunnen worden bewezen, terwijl alle andere middelen van bewijs, behalve dat door geschrift, door art. 1888 *b* B. W. zouden blijven uitgesloten; en voorts dat hier eigenlijk geen sprake moet zijn van *bewijsmiddelen*, die al of niet zijn toegelaten, daar art. 1888 *b* niet zegt, dat eene dading niet anders dan door geschrift mag bewezen worden, maar dat zij, zonder geschrift aangegaan, *niet van waarde* is.

§ 3.

Van de kracht en het gevolg der dading.

1072. Dading is eene overeenkomst; zij strekt alzoo, even als alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten, volgens art. 1374 B. W., dengenen, die haar hebben aangegaan, tot wet, en kan niet herroepen worden dan met wederzijdsche toestemming, of uit hoofde der redenen, welke de wet daartoe voldoende verklaart. En daar zij voor goed een einde maakt aan een tusschen partijen bestaand verschil, heeft men haar met een vonnis vergeleken; ten gevolge waarvan ook art. 1895 *a* B. W. zegt, dat dadingen tusschen de partijen kracht hebben van gewijsde in het hoogste ressort (2). Aan die bepaling behoeft, mijns bedunkens, geene bijzondere kracht toegekend te worden. Voor zoo ver men de dading met een vonnis wil vergelijken, moet men haar de kracht toekennen van een gewijsde in het hoogste ressort, waartegen geen hooger beroep mogelijk is, al ware dit ook mogelijk geweest ten aanzien van het vonnis, dat gewezen zijn zou, zoo de dading niet tusschenbeide ware gekomen. Maar de dading ontleent aan die bepaling geene meerdere kracht, dan zij ook als overkomst heeft; en even als deze in het algemeen, volgens art. 1376 *a* B. W., alleen van kracht is tusschen de handelende partijen, wordt in art. 1895 *a* ook bepaaldelijk tusschen de partijen aan eene dading die kracht toegekend.

1073. Dading wordt, wat hare kracht betreft, met een gewijsde in het hoogste ressort gelijkgesteld. Dat zij niet werkelijk als een

---

(1) Zie S. M., in *Opm. en Med.*, V, bl. 233—239; verg. arr. Groningen 19 Febr. 1849, in *Opm. en Med.*, t. a. p., bl. 234; *W.* 1086; *N. R. B.*, I, bl. 73 en v., (waar het echter gezegd wordt van 19 Januarij 1849 te zijn); VERNEDE en LÉON, op art. 1 *W. v. K.*; mr. D. H. LEVYSSOHN, in *Themis*, XIV, bl. 373 en v., en *Themis*, 2, I, bl. 96. — (2) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 379 en v., 399, 401; DURANTON, XVIII, n. 412; TROPLONG, n. 129; SCHÜLLER, op art. 1895 B. W.

vonnis beschouwd moet worden, spreekt wel van zelf. Behalve dat zij zoowel een te voeren geding kan voorkomen als een aanhangig geding ten einde brengen, en een vonnis alleen bij een aanhangig geding mogelijk is, wordt bij eene dading het verschil door partijen zelve afgedaan, tegen eene opoffering van beide zijden, die zij zich getroosten om zekerheid boven onzekerheid te stellen; terwijl het vonnis door den regter gewezen wordt naar hetgeen deze als regt beschouwt, zonder te vragen, of partijen ook met zoodanige beslissing tevreden zijn, en zonder wederzijdsche opofferingen op te leggen om haar daarin genoegen te doen nemen. Aan dading wordt slechts dezelfde kracht toegekend; maar ook in dat opzigt staan beide nog niet geheel gelijk. Vooreerst staan de middelen van cassatie en van requeste civiel niet open tegen eene dading, en kan deze aan den anderen kant nietig worden verklaard op gronden, waarop men tegen een gewijsde niet kan opkomen, gelijk art. 1900 *b* B. W. aantoont. Ten anderen kan ook een vonnis, waarbij meer dan één punt van verschil is beslist, ten aanzien van het een worden gehandhaafd en ten aanzien van een ander vernietigd; terwijl eene dading óf in haar geheel moet blijven bestaan, óf geheel nietig verklaard moet worden. Ten derde komt hierbij, dat dadingen alleen tusschen partijen van kracht en voor derden eene res inter alios acta zijn, terwijl tegen vonnissen het middel van verzet door derden noodig kan wezen (1).

1074. Wanneer niettegenstaande de dading eene der partijen het reeds aanhangig geding voortzet, of een nog niet aanhangig en door de dading voorgekomen geding aanvangt, kan de andere zich op de dading beroepen, even als men dit zou kunnen op het gezag van een regterlijk gewijsde. Zij kan de exceptie van dading tegenwerpen, in art. 160, 2° W. v. B. R. aldus bij name genoemd. Maar welke overeenkomst deze met de exceptie van gewijsde zaak moge hebben, niet zoozeer om de kracht, in art. 1895 B. W. aan dadingen toegekend, maar bepaaldelijk om de strekking, welk deze met een vonnis gemeen hebben, — ook die exceptiën zijn niet geheel gelijk, omdat eene dading geen vonnis of gewijsde is (2). Onze wetgever schijnt dit te hebben aangeduid, door in art. 160 W. v. B. R. eerst onder 1° de exceptie van gewijsde zaak, hetzij door een regterlijk vonnis, hetzij door eene uitspraak van scheidsmannen, en daarna onder 2° de exceptie van dading afzonderlijk te noemen.

1075. Dadingen bepalen zich, volgens art. 1891 B. W., tot haar onderwerp, en moeten alzoo tot dat onderwerp streng worden be-

---

(1) TROPLONG, n. 129—134; ZACHARIAE, II, § 418; bl. 58; verg. § 421, bl. 61 en v. — (2) ZACHARIAE, II, § 421, bl. 60, spreekt teregt van eene exception *analogue* à celle de la chose jugée.

perkt (1). Zoo zal men dus ook de bepaling van art. 1375 B. W., voor overeenkomsten in het algemeen gemaakt, niet in al haren omvang op deze overeenkomst kunnen toepassen. Trouwens, waar deze geheel strekt om aan een tusschen partijen bestaand verschil een einde te maken, daar is die strenge toepassing noodig, wil men haar niet zelve weer tot eene bron van verschillen over den omvang harer strekking doen ontaarden.

1076. Als een gevolg daarvan, dat dadingen zich tot haar onderwerp bepalen, laat art. 1891 B. W. er op volgen, dat de daarbij gedane afstand van alle regten, actiën en vorderingen slechts verstaan moet worden voor zoo verre die (of liever van die, welke) betrekking hebben tot het verschil, 'twelk tot de dading aanleiding heeft gegeven. Men mag geen misbruik maken van de algemeenheid der gebezigde uitdrukkingen, wanneer partijen, blijkens het onderwerp der dading, daaraan een bepaalden zin moeten hebben gehecht. Zoo wordt ook reeds in het Romeinsche regt geleerd, dat „si de certa re pacto transactionis interposito, hoc comprehensum erat, nihil amplius peti, etsi non additum fuerat: eo nomine, de ceteris tamen quaestionibus integra permaneat actio"; en elders: „iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non docetur" (2).

1077. Als een uitvloeisel van hetzelfde beginsel bepaalt art. 1892 B. W., dat dadingen slechts een einde maken aan de verschillen, welke daarin begrepen zijn, hetzij partijen hare bedoeling in bijzondere of algemeene bewoordingen bevat hebben, hetzij men die bedoeling afleide als een noodzakelijk gevolg van hetgeen uitgedrukt is. Deze bepaling, geheel overgenomen uit art. 2049 C. N., munt zeker niet uit door duidelijkheid (3). Om haar regt te verstaan, moet men zich het geval voorstellen, dat er meer dan één verschil tusschen partijen bestaat. Deze kunnen dan óf over al óf ook maar over één dier verschillen eene dading aangaan; die dading kan, gelijk art. 1900 B. W. zegt, over alle zaken zijn aangegaan, welke zij met elkander uitstaande hebben, zij kan ook slechts eene enkele zaak tot onderwerp hebben. In het laatste geval is zij daartoe beperkt; in het eerste moet zij ook in hare geheele uitgestrektheid worden geëerbiedigd, behoudens altoos het beginsel, dat zij zich tot haar onderwerp bepaalt. Het komt er dus op aan, te bepalen, welken omvang partijen geacht moeten worden aan hare dading te hebben willen geven. En dit moet, zoo daarover geschil ontstaat, als quaestio facti

---

(1) TROPLONG, n. 108 en v.; ZACHARIAE, II, § 421, bl. 61. — (2) L. 31 C. *de transact.*; l. 9 § 8 in f., D. *de transact.*; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 378 en v., 389; DURANTON, XVIII, n. 414; TROPLONG, n. 110; DE PINTO, II, § 1061, bl. 494; 3e uitg. § 1121, bl. 611; SCHÜLLER, op art. 1891 B. W. — (3) Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 132; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 318.

beslist worden door den gewonen regter; die daarbij moet letten op de bedoeling der partijen, hetzij deze kenbaar is uit de bijzondere en bepaalde of uit de algemeene bewoordingen, die zij hebben gebruikt, hetzij ze bij gevolgtrekking moet worden afgeleid uit de gebezigde uitdrukkingen (1).

1078. Een uitvloeisel van hetzelfde beginsel is ook de bepaling van art. 1893 B. W. „Indien degene, die eene dading getroffen heeft over een regt hetwelk hem uit eigen hoofde toekwam, vervolgens een dergelijk regt van een' ander' verkrijgt, is hij, met betrekking tot het nieuw bekomen regt, aan de bevorens aangegane dading niet gebonden." De wetgever bedoelt — en deze bedoeling is misschien in art. 2050 C. N. wel zoo duidelijk uitgedrukt, — dat iemand eene dading heeft aangegaan over iets, waarop hij ten tijde der dading regt beweerde te hebben, en daarna een gelijk regt verkrijgt, dat toen nog aan een' ander toekwam. De bepaling is algemeen; met name geldt zij voor het geval, dat iemand erfgenaam wordt van een' ander, die beweren kon een gelijk regt als hij tegen zijne wederpartij te hebben; alsook voor het geval, dat iemand als erfgenaam voor een gedeelte der nalatenschap eene dading aangaat, en daarna, ten gevolge der verwerping van eenen medeërfgenaam, ook voor diens aandeel erfgenaam wordt. Dat de erfgenaam, die verwerpt, geacht wordt nooit erfgenaam geweest te zijn, en hij dus geacht kan worden, terstond ook dat aandeel geërfd te worden, doet niets ter zake; men moet onder het nieuw bekomen regt een regt verstaan, ten gevolge van eenige gebeurtenis na de dading verkregen (2).

1079. In alle zoodanige gevallen geldt de dading niet voor dat later verkregen regt, al is dit ook aan denzelfden twijfel onderworpen, en al bestonden er ook gelijke redenen om het verschil door dading af te doen. Het is mogelijk, dat men over eene zaak van een bepaald belang wel eene dading heeft willen aangaan, maar dit niet gedaan zou hebben over eene van meer uitgebreid belang. Het is ook mogelijk, dat de onzekerheid, waardoor men vroeger tot eene dading bewogen werd, is opgeheven, of ten aanzien van het nieuw bekomen regt niet of in mindere mate bestaat. In allen gevalle is dit geen onderwerp der dading geweest, die tot haar eigen onderwerp bepaald moet blijven. Hij, die de dading heeft aangegaan, is daardoor dus met betrekking tot het nieuw bekomen regt niet gebonden, al bood de tegenpartij harerzijds daarvoor ook gelijke opofferingen aan (3). Aan den anderen kant kan hij zich daarop ook niet

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 379; TROPLONG, n. 111 en v., vooral n. 114, 116; DURANTON, XVIII, n. 414. — (2) DURANTON, XVIII, n. 416; TROPLONG, n. 119. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 379, 390; DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 117 en v.; DE PINTO, II, § 1062, bl. 494; 3e uitg. § 1112, bl. 611 en v.

beroepen tegenover zijne tegenpartij, die even weinig door de dading buiten haar wezenlijk onderwerp verbonden is (1).

1080. Wat de personen betreft, tusschen welke de dading hare kracht uitoefent, zoo bepaalt art. 1894 B. W., dat dadingen, door één der belanghebbenden aangegaan, de overige belanghebbenden niet verbinden en door hen niet kunnen worden ingeroepen (2). Onder belanghebbenden moeten hier niet verstaan worden zij, die een gelijk belang hebben ter zake van verschillende onderwerpen, maar bepaaldelijk zij, die tezamen medebelanghebbenden zijn, of ten aanzien van wie het belang van den een aan dat van den ander verbonden is. Dat ten aanzien van genen de dading van den een eene res inter alios acta is, die den ander niet baat of schaadt, spreekt van zelf; maar ook ten aanzien van dezen is dat het geval, en art. 1894 past slechts op dadingen toe, wat in het algemeen van alle overeenkomsten geldt (3). Het belet dan ook natuurlijk niet, dat de werking der dading op de erfgenamen der partijen overgaat; het ziet alleen op derden, al zijn die ook medebelanghebbenden (4).

1081. Het komt mij voor, dat art. 1894 B. W. inderdaad slechts op dadingen toepast, wat in het algemeen van alle overeenkomsten geldt. Is dit zoo, dan moet zijne strekking ook dienovereenkomstig worden beperkt, en sluit zij de werking eener dading niet uit ten aanzien van hen, met opzigt tot wie zij, om de bijzondere betrekking, waarin zij staan tot hem, die de dading mede getroffen heeft, naar algemeene voor die betrekking gestelde regelen zou moeten werken. Zoo is het in geval eener ondeelbare verbindtenis. Wel kan een der medeschuldeischers of een der medeschuldenaren het belang van den ander niet verkorten; in zoo ver kan ook eene dading, door hem aangegaan, dezen niet verbinden, die zich ook zouden kunnen beroepen op art. 1889 *a* B. W. en zijn gemis aan bevoegdheid om over het onderwerp der dading te beschikken; maar zijne dading kan door hen wel worden ingeroepen, omdat (en voor zoo ver) zij de schuld zelve betreft, die voor allen één is (5). Zoo is het ook met hoofdelijke schuldeischers en hoofdelijke schuldenaren; ook hier kan de dading van den een de anderen niet verbinden, maar wel door dezen worden ingeroepen, zoo zij althans niet het hoofdelijke der verbindtenis, wat hem aangaat, of eenig hem persoonlijk eigen middel,

---

(1) ZACHARIAE, II, § 421, bl. 61. — (2) „Hun niet tot voordeel ver strekken", zeide, in plaats dier laatste woorden, het Ontw. v. 1824. VOORDUIN, V, bl. 424. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 379; MALLEVILLE, IV, bl. 133; DURANTON, XVIII, n. 417; TROPLONG, n. 120 en v., 123. — (4) TROPLONG, n. 122. — (5) Verg. DURANTON, XVIII, n. 418; TROPLONG, n. 127.

maar de geheele schuld betreft (1). Dading moge geen kwijtschelding zijn; wanneer door haar de schuld wordt opgeheven, heeft zij toch een gelijk gevolg. Zoo is het eindelijk ook ten aanzien van borgen (2).

Dat dit werkelijk niet strijdt met de bepaling van art. 1894 B. W., wier algemeene bewoordingen zouden kunnen schijnen zich tegen deze opvatting te verzetten, blijkt uit de geschiedenis der beraadslaging over art. 2051 C. N. De tribun ALBISSON zeide dienaangaande: „Ce qui est généralement vrai, une telle transaction étant étrangère aux autres intéressés; mais, dans le cas où il s'agirait d'intéressés tels que des codébiteurs ou des cautions solidaires, l'application de cette règle serait sujette à des limitations et à des modifications expliquées dans la loi générale sur les contrats et à laquelle il faudrait avoir recours" (3). In gelijken zin sprak de tribun GILLET: „Dans ce mot „intéressés" la loi ne comprend pas les cautions, dont la décharge et les droits se règlent comme il est dit au titre des cautionnements" (4). Ten aanzien der borgen was ook in het Ontwerp eene afzonderlijke bepaling opgenomen, die echter is weggelaten. Men begreep, volgens BERLIER, „que cet article peut être retranché comme inutile. Dans plusieurs titres du Code, et notamment dans ceux des obligations conventionnelles en general et du cautionnement, il a été suffisamment exprimé que le débiteur principal pouvait alléger et non aggraver par de nouveaux pactes la condition de sa caution. Cette règle recevra son application dans cette espèce comme dans toutes les autres" (5).

§ 4.

Van vernietiging en nietigheid eener dading.

1082. Ook te dezen aanzien staat de dading over het algemeen met andere overeenkomsten gelijk. Zoo kan ook eene dading vernietigd worden wegens onbekwaamheid van partijen of eene van deze, op gelijke wijze als dit met andere overeenkomsten het geval is. Zoo is ook eene dading nietig, wanneer eene der andere vereischten tot de bestaanbaarheid eener overeenkomst ontbreekt, op gelijke wijze als dit met overeenkomsten in het algemeen het geval is (6). Met name geldt dit van de toestemming der partijen op een en hetzelfde punt,

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 420; TROPLONG, n. 125 en v.; ZACHARIAE, II, § 421, bl. 61. Anders DE PINTO, II, § 1063, bl. 494; 3e uitg. § 1123, bl. 612; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1894 B. W. — (2) DURANTON, XVIII, n. 420 *bis* en v.; TROPLONG, n. 128. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 390 en v. — (4) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 400. — (5) *Conf. du C. C.*, VI, bl. 325 en v. — (6) Verg. mr. A. A. DE PINTO, in *Themis*, 2, I, bl. 442 en v.

zoodat, waar de een hiervan en de ander van iets anders spreekt, geene dading geacht kan worden te bestaan.

1083. Waar wel overeenstemming in beider toestemming aanwezig is, maar deze lijdt aan een bepaald gebrek, daar kan de dading op dien grond vernietigd worden. Art. 1896 *b* B. W. zegt bepaaldelijk, dat zij kan vernietigd worden in alle gevallen, waarin bedrog of geweld heeft plaats gehad. De wet treedt hieromtrent niet in bijzonderheden; zoodat alles, wat omtrent geweld en bedrog in het algemeen is voorgeschreven in den tweeden titel van dit boek (1), ook hier zijne toepassing vinden moet. Ook hier moet werkelijk geweld of bedrog gepleegd zijn, zal men op dien grond vernietiging kunnen vragen; en dat de vordering van eene der partijen onregtmatig was en ongegrond, dat zij door het maken van vertooning die vordering aannemelijk trachtte te doen voorkomen, is op zich zelf nog geen bewijs van gepleegd bedrog (2).

1084. Ten aanzien der dwaling, als grond der vernietiging, zijn de algemeene regelen niet gelijkelijk van toepassing, maar heeft de wet bijzondere bepalingen gegeven. Zoo wordt al aanstonds in art. 1895 *b* B. W. gezegd, dat men tegen eene dading niet kan opkomen uithoofde van dwaling in het regt. Hierin zien wij echter niets bijzonders. Wij hebben vroeger (3) aangemerkt, dat dwaling in het regt zich kan vertoonen als eene dwaling in de zelfstandigheid der zaak, en dat zij dan een' grond kan opleveren om de overeenkomst te doen vernietigen. Ditzelfde meenen wij ook ten aanzien van dading te mogen aannemen; de dwaling in het regt is dan eene dwaling omtrent het onderwerp van het geschil, die, volgens art. 1896 *a* B. W., grond tot vernietiging oplevert. Maar wanneer men omtrent dat onderwerp zeker is, dan maakt, gelijk wij zagen, dwaling in het regt in het algemeen eene overeenkomst niet nietig, en dit is hier met betrekking tot dadingen uitdrukkelijk bepaald (4), misschien wel omdat juist ten opzigte van deze vooral deswege twijfel zou kunnen ontstaan. En nu behoeft men niet met SCHÜLLER te zeggen, dat de aard der dading medebrengt, dat men de regtsvraag in het midden laat; maar men treft eene dading, gelijk DE PINTO zegt, om alle verdere geschillen over de wijze, waarop een twijfelachtig regtspunt beslist moet worden, af te snijden. Men maakt daardoor een einde aan een bestaand verschil, en of men nu over dat verschil zelf, wat

---

(1) Zie hierboven VI, n. 492 en v. Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 134; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 381. — (2) TROPLONG, n. 142. — (3) Zie hierboven VI, n. 491. — (4) Een vroeger ontwerp van art. 2052 C. N. sprak van „erreur dans la nature du droit litigieux." Deze uitdrukking achtte men echter „trop abstraite et susceptible d'interprétation propre à faire naître des difficultés sérieuses sur l'étendue et les limites de son application." *Conf. du C. C.*, VI, bl. 320.

de gegrondheid betreft, met meer of minder juistheid heeft gedacht, moet zonder invloed blijven op de kracht der dading, aangegaan omdat men zekerheid verkoos boven eene onzekere kans. Zoo doet het bij eene dading over eene schuld niets ter zake, dat men niet geweten heeft, dat men zich daartegen op verjaring kon beroepen (1).

1085. Maar eene dading kan wel vernietigd worden, wanneer er dwaling plaats heeft gehad omtrent den persoon. Men moet zich hierbij niet voorstellen, dat iemand door dwaling meent iets uitstaande te hebben met de andere partij, maar dat hij door dwaling deze houdt voor dengene, met wien hij iets uitstaande heeft. Dwaling omtrent den persoon is, volgens art. 1358 *b* B. W., in het algemeen geen oorzaak van nietigheid, tenzij de overeenkomst voornamelijk uit aanmerking van dezen persoon zij aangegaan. Doch dit is bij dading veelal juist het geval; men wil daardoor een einde maken aan een bestaand verschil, hetzij omdat men de andere partij als eene gevaarlijke tegenpartij beschouwt, hetzij omdat men begrijpt op haar toch geen verhaal te hebben, hetzij omdat men uit anderen hoofde met haar geen geschil wil voeren. Had men ook eenig verschil met hem, met wien men eene dading trof, dan zou de dwaling in den persoon tevens eene dwaling in het onderwerp van het geschil in zich kunnen bevatten. Was dat het geval niet, dan zou de dading geen doel treffen, daar hij, met wien men wezenlijk eenig verschil heeft, daardoor niet gebonden zou wezen; de dading zou dus zonder oorzaak zijn (2).

1086. Eveneens kan eene dading vernietigd worden, wanneer er dwaling plaats heeft gehad omtrent het onderwerp van het geschil. Ook hierbij moet men zich voorstellen, niet dat de een over deze en de ander over gene zaak meent te handelen (3) — dan toch is er geene overeenstemming — maar dat partijen iets anders als het onderwerp van het geschil beschouwen, dan het eigenlijk is. Het woord *onderwerp* van het geschil moet voorts in een algemeenen zin worden opgevat, zoodat het niet slechts de zaak, waarover het verschil loopt, maar ook den aard van het verschil, de wijze, waarop het daarover loopt, omvat. Dit laatste zou b. v. te pas komen, wanneer men meende, dat een geschil alleen van bezitregtelijken aard was, terwijl het werkelijk liep over het regt tot de zaak. Al is er dan geen twijfel omtrent de zaak, er is desniettemin dwaling omtrent het onderwerp van

(1) Verg. ook *C. N. et Mot.*, VI, bl. 380, 402; TOULLIER, VI, n. 71; DURANTON, XVIII, n. 423; TROPLONG, n. 135 en v.; DE PINTO, II, § 1064, 1, bl. 494 en v.; 3e uitg. § 1124, 1, bl. 612; SCHÜLLER, op art. 1895 B. W. — (2) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 381; MALLEVILLE, IV, bl. 134; TOULLIER, VI, n. 54; DURANTON, XVIII, n. 425; TROPLONG, n. 143; ZACHARIAE, II, § 420, bl. 60, n. 2; DE PINTO, II, § 1064, bl. 494; 3e uitg. § 1124, 1, bl. 612. — (3) MALLEVILLE, IV, bl. 134.

het geschil (1). De hier bedoelde dwaling moge voorts niet dikwijls voorkomen (2), als onmogelijk moet men zich haar zeker niet voorstellen. Zij is echter niet aannemelijk, waar partijen eene dading hebben aangegaan over alle zaken, welke zij met elkander uitstaande hebben (3).

1087. Insgelijks kan men, volgens art. 1897 B. W., de vernietiging eener dading vragen, wanneer deze ten gevolge eener dwaling in feiten is aangegaan ten aanzien van eenen titel, die nietig was, behalve in het geval dat partijen uitdrukkelijk over die nietigheid eene dading gesloten hebben. Men merke op, dat hier bepaaldelijk gesproken wordt van eene dwaling in feiten. Art. 2054 C. N. zwijgt hiervan; maar werd evenwel in gelijken zin opgevat, omdat er anders eene tegenstrijdigheid zou bestaan tusschen dat artikel en art. 2052 (art. 1897 en 1895 *b* B. W.); daar dan de dading, die een gevolg was eener dwaling in het regt, volgens de eene bepaling zou kunnen vernietigd worden, volgens de andere niet (4). De reden toch, waarom MERLIN beweert, dat art. 2054 zoowel op eene dwaling in het regt als op eene dwaling in feiten zou zien, is genoegzaam wederlegd door TROPLONG. En wat bij ZACHARIAE wordt aangevoerd (5), ten betooge dat er geenerlei strijd is tusschen beide artikelen, dat namelijk de in art. 2054 C. N. bedoelde vernietiging geen gevolg zou zijn van dwaling, maar van gemis van oorzaak, moge inderdaad eenige ondersteuning vinden in de redevoeringen van BIGOT-PRÉAMENEU en GILLET (6), — het is niettemin onjuist. Vooreerst spreekt art. 2054 van eene regtsvordering tot vernietiging, die niet te pas zou komen, wanneer de dading wegens gemis van oorzaak krachteloos is en „ne peut avoir effet." Ten anderen zou de dading, zoo zij werkelijk wegens gemis van oorzaak krachteloos was, niet van kracht kunnen worden door de omstandigheid, dat partijen uitdrukkelijk over de nietigheid eene dading hebben gesloten. Ten derde is de oorzaak inderdaad aanwezig in het doel en de strekking der dading. Hoe dat zij, onze wetgever heeft nu allen twijfel dienaangaande weggenomen. Is de dading een gevolg geweest van dwaling in het regt, zoo kan zij daarom niet vernietigd worden, al is zij ook gegrond op een' titel, die nietig was. Dit is b. v. het geval, wanneer zij is aangegaan over een uitersten wil, bij openbare akte verleden in tegenwoordigheid van slechts één getuige. Wanneer dit feit aan partijen bekend was, dan kan de dading niet vernietigd worden op grond dat eene van haar niet wist, dat de wet twee getuigen vordert. Anders is het met

(1) ZACHARIAE, II, § 420, bl. 60 en n. 1. — (2) TROPLONG, n. 144. — (3) Verg. H. R. 31 Januarij 1845, *W.* 587. — (4) DURANTON, XVIII, n. 423, 428; TROPLONG, n. 146 en v.; TOULLIER, VI, n. 73. — (5) ZACHARIAE, II, § 422, bl. 62, n. 4; verg. bl. 60, n. 4. — (6) *C N. et Mot.*, VI, bl. 381, 400 en v.

eene dwaling in feiten; indien iemand (om een voorbeeld van ASSER over te nemen) eene dading heeft aangegaan ten opzigte van een openbaar testament, verleden in tegenwoordigheid van twee getuigen, waarvan de een minderjarig was, en hij van die omstandigheid, en alzoo van de nietigheid des titels uit dien hoofde, geen kennis heeft gedragen, zoo kan hij wegens dwaling omtrent die daadzaak, volgens art. 1897 B. W., vernietiging der dading vragen (1).

1088. Anders is het, wanneer partijen uitdrukkelijk over de nietigheid van den titel eene dading gesloten hebben. Nu het artikel beperkt is tot eene dwaling in feiten, zal dit geval zich zeker niet gemakkelijk voordoen. Vandaar misschien, dat die slotwoorden in art. 10 van het Ontwerp van 21 October 1824, in hetwelk ook reeds van dwaling in feiten gesproken werd, niet voorkwamen. Zij zijn er echter later bijgevoegd, gelijk zij ook gevonden worden in art. 2054 C. N., ofschoon over de reden dier bijvoeging niets is opgeteekend (2). Geheel onmogelijk is dan ook nog zoodanige dading niet, omdat men juist niet behoeft te denken aan eene nietigheid gelegen in een feit, dat partijen geheel onbekend is, maar ook kan denken aan eene nietigheid, gegrond in een feit, waaromtrent partijen hebben gedwaald.

1089. Voor het overige wijzen de slotwoorden nog aan, dat de woorden „ten aanzien" minder juist gekozen zijn. Ze zouden toch kunnen doen denken aan het geval, dat de dading liep over den titel, terwijl de bedoeling is, dat zij liep over een geschil, waarbij men zich grondde op den titel, en dat zij alzoo werd aangegaan op grond van stukken, die nietig waren, gelijk het heet in art. 1898 B. W. en gelijk ook de officiële vertaling zegt van art. 2054 C. N., hetwelk zelf spreekt van „une transaction faite *en exécution* d'un titre nul." Overeenkomstig die vertaling gelooven wij dan ook het woord *titel* in gelijken zin te moeten opvatten, als waarin art. 1898 van stukken spreekt (3).

1090. Dit artikel spreekt van valsche stukken, en bepaalt, dat eene dading, aangegaan op grond van stukken, die naderhand zijn bevonden valsch te zijn, ten eenenmale nietig is. Wanneer die valschheid aan de eene partij bekend was, zou er veelal aan bedrog te denken zijn; ook zonder zoodanige bekendheid kan men in den regel dwaling in de feiten aannemen, hetzij bij ééne, hetzij bij beide partijen; reden genoeg om de dading nietig te verklaren, zonder dat men juist van gemis van oorzaak behoeft te spreken, die hier, bij het bestaan van verschil, hoe ongegrond dan ook, werkelijk aanwezig is.

---

(1) ASSER, § 869; SCHÜLLER, op art. 1897 B. W.; DE PINTO, II, § 1064, 2, bl. 495; 3e uitg. § 1124, 2, bl. 613 en v., bij wien echter in de voorbeelden eene vergissing schijnt ingeslopen te zijn. Verg. nog TROPLONG, n. 137 en v., 145 en v. — (2) VOORDUIN, V, bl. 426. — (3) Zie echter ZACHARIAE, II, § 422, bl. 62, n. 3.

1091. Dat de dading ten eenenmale nietig is, verandert niets aan den aard harer nietigheid, en maakt eene vernietiging daartoe niet minder noodig; men heeft daarmede alleen willen zeggen, dat de dading in haren geheelen omvang nietig is, al was zij ook mede op grond van echte stukken aangegaan, al liep zij ook over onderscheidene punten, die van elkander geheel onafhankelijk waren, en al hadden de valsche stukken ook slechts tot één of enkele dier punten betrekking. Men heeft begrepen, dat bij eene dading inzonderheid alles geacht moest worden in naauw verband met elkander te staan, dat dus de geheele dading als één geheel moest worden beschouwd, welks ondeelbaarheid hier is gehandhaafd, en wel uitdrukkelijk is gehandhaafd, omdat in het Romeinsche regt anders was beslist (1).

1092. De wet veronderstelt, dat de dading is aangegaan op grond van stukken, die naderhand bevonden zijn valsch te wezen. Dit is in overeenstemming met art. 2055 C. N., waarvan eene vroegere redactie slechts sprak van eene dading „faite sur des pièces fausses", wat echter op eene deswege gemaakte aanmerking is veranderd. Het is dus noodig, dat ten tijde der dading aan partijen of althans aan eene van deze de valschheid onbekend was. Die daarmede bekend was, kan daarom geene vernietiging vragen, maar moet, zoo er van geen bedrog aan zijne zijde blijkt, geacht worden alle verschil deswege door de dading te hebben willen opheffen. Die onbewust was van de valschheid, kan de vernietiging vorderen, onverschillig of de andere partij daarvan wist of niet. Wisten beide partijen, dat de stukken valsch waren, dan mist art. 1898 zijne toepassing; ze hebben dan beide door de dading aan alle onaangenaamheden een einde willen maken, of zoo zij ook al elkander hebben willen bedriegen, heeft echter geen van beide regt om vernietiging te vragen; de dading is dan ook eigenlijk niet *op grond* dier stukken aangegaan (2).

1093. Art. 1900 B. W. behandelt nog het geval, dat er naderhand bescheiden of stukken ontdekt worden, welke ten tijde der dading aan partijen of eene van haar onbekend waren. Het maakt daarbij onderscheid tusschen eene dading, aangegaan over alle zaken, welke zij met elkander uitstaande hebben, en eene zoodanige, die slechts eene enkele zaak tot onderwerp had. Met de laatstgenoemde zal echter wel moeten worden gelijk gesteld eene dading, welke onderscheiden bepaaldelijk genoemde zaken ten onderwerp heeft, zelfs wanneer deze de eenige zijn, die partijen met elkander uitstaande

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 381 en v., 391, 401; MALLEVILLE, VI, bl. 135 en v.; DURANTON, XVIII, n. 429; TROPLONG, n. 151 en v.; ZACHARIAE, II, § 422, bl. 62, n. 6. Verg. l. 42 C. *de transact.* — (2) Verg. *Conf. du C. C.*, bl. 321; MALLEVILLE, IV, bl. 135; DURANTON, XVIII, n. 423; ZACHARIAE, II, § 422, bl. 62, n. 5; SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1898 B. W.

hebben. Het doel toch is blijkbaar alleen om te onderscheiden tusschen eene algemeene dading, wier onderwerp niet nader is aangeduid dan als hetgeen partijen met elkander uitstaande hebben, en eene, als wier onderwerp bepaalde zaken worden opgenoemd.

1094. Indien partijen in het algemeen eene dading hebben aangegaan over alle zaken, welke zij met elkander uitstaande hebben, — en dit geval bestaat, al hadden zij ook maar eene enkele zaak, zoo zij, in plaats van deze met name te noemen, eene algemeene uitdrukking hebben gebezigd — dan leveren de bescheiden, die haar toen onbekend waren, doch naderhand ontdekt zijn, geen' grond op tot vernietiging der dading, ten ware ze door toedoen van eene der partijen zijn achtergehouden, art. 1900 *a* B. W. Partijen worden dan geacht aan alle bestaande verschillen voor goed een einde te hebben willen maken, waarin de latere ontdekking van stukken geene verandering meer moet kunnen brengen, al bleek daaruit ook ten opzigte van het een of het ander punt, wie regt of onregt had. De eenige uitzondering, door de wet gemaakt, is echter ook alleszins billijk. Zoodanige achterhouding sluit een bedrog in zich aan zijde van hem, die zich daaraan schuldig heeft gemaakt. De andere partij kan daarvan op dien grond vernietiging vragen, zonder dat gene haar kan voorkomen, door een aanbod om te voldoen aan alles, waartoe hij, volgens de ontdekte stukken, verpligt zou zijn. De partij, die door het achterhouden van stukken misleid is, heeft dus de keuze om de dading te doen vernietigen, of haar desniettemin in stand te houden (1). Eene andere bevoegdheid geeft de wet haar niet; en de bewering van DURANTON, dat zij met handhaving der dading tevens de regten zou kunnen doen gelden, waarvoor de later ontdekte stukken het bewijs opleveren, acht ik daarom geheel onaannemelijk, omdat die aanspraken zijn opgeheven door de dading, in het algemeen over alle zaken, welke partijen met elkander uitstaande hadden, aangegaan, en die men wil in stand houden.

1095. De dading is, volgens art. 1900 *b* B. W., nietig, indien zij slechts eene enkele zaak tot onderwerp had, waarop door de naderhand ontdekte bescheiden bleek, dat eene der partijen geen het minste regt had. Dat de beweringen der eene partij door de later ontdekte stukken bevestigd worden, is niet genoeg; zulks zou alleen aanleiding kunnen geven tot vernietiging, wanneer zij door de andere partij waren achtergehouden, en deze dus bedrog had gepleegd (2).

1096. Als grond voor art. 1900 *b* is opgegeven, dat de dading

(1) Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 384, 392, 401; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 323 en v.; MALLEVILLE, IV, bl. 137; DURANTON, XVIII, n. 438; TROPLONG, n. 158 en v., 163. — (2) ZACHARIAE, II, § 422, bl. 62, n. 8.

in dit geval geene oorzaak zou hebben (1); maar die had zij wel degelijk, omdat er, toen zij werd aangegaan, een verschil bestond. Anders zou ook de dading even nietig moeten wezen, wanneer uit later ontdekte stukken bleek, dat eene der partijen volkomen regt had, en evenwel geeft de wet aan deze geen regt om vernietiging te vragen, en heeft zij dat regt niet, tenzij de andere partij de stukken achtergehouden en dus bedrog gepleegd mogt hebben. Maar de bepaling behoeft ook zoodanige verdediging niet, daar hare regtvaardigheid genoegzaam in het oog valt. Zij is voor het overige algemeen, en hier is het dus geheel onverschillig, of de later ontdekte stukken door de eene partij zijn achtergehouden of niet. De dading heeft hier minder vastheid dan de gewijsde zaak, wier kracht haar anders is toegekend (2).

1097. Wij merken hier nog slechts aan, dat in alle gevallen, waarin de vernietiging eener dading gevorderd worden kan, die vordering slechts vijf jaren duurt, overeenkomstig de bepaling van art. 1490 B. W., waarvan hier niet is afgeweken (3).

1098. Eene andere soort van nietigheid is het onderwerp van art. 1899 *a* B. W., volgens 'twelk eene dading over een geschil, waaraan reeds een einde is gemaakt door een vonnis, dat in kracht van gewijsde is gegaan, doch waarvan partijen of eene van deze geene kennis droegen, nietig is. Er is wel is waar ook hier, voor het geval dat het vonnis aan beide partijen onbekend was, van dwaling, en voor het geval dat het aan ééne van haar onbekend was, van dwaling aan deze en bedrog aan de andere zijde gesproken (4), maar mijns bedunkens moet hier aan gemis van oorzaak gedacht worden (5). Men heeft door de dading een einde willen maken aan een bestaand verschil, maar daaraan was reeds een einde gemaakt en er bestond dus geen verschil meer. Dat de nietigheid afhangt van de kennis, die partijen van het vonnis droegen, bewijst niets daartegen; vermits, zoo zij er bekend mede waren, de overeenkomst niet zonder oorzaak was. Daarentegen bewijst het tweede lid, dat men hier aan gemis van oorzaak en niet aan dwaling en bedrog moet denken; deze toch zouden evenzeer bestaan, onverschillig of het vonnis al of niet aan eenig beroep onderhevig was; maar zoo het dit is, dan is het verschil nog niet ten einde, en de dading heeft dus eene oorzaak en is

---

(1) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 392, verg. bl. 401; DURANTON, XVIII, n. 433. Zie ook DE PINTO, II, § 1065, 3, bl. 496; 3e uitg. § 1125, 3, bl. 613. — (2) TROPLONG, n. 162, 164 en v. — (3) Verg. DURANTON, XVIII, n. 427, 433. — (4) *C. N. et Mot*, VI. bl. 382 en v., 392 en v.; *Conf. du C. C.*, VI, bl. 322; TROPLONG, n. 153; SCHÜLLER, op art. 1899 B. W. — (5) *C. N. et Mot.*, VI, bl. 400; DURANTON, XVIII, n. 430. Verg. MALLEVILLE, IV, bl. 136; DE PINTO, II, § 1065, 2, bl. 495; 3e uitg. § 1125, 2, bl. 613.

daarom van waarde. In het geval van het eerste lid is zij nietig of van onwaarde; zij behoeft, mijns bedunkens, niet vernietigd te worden; zij is van regtswege nietig, zoo maar blijkt, dat zij zonder oorzaak was.

1099. Art. 1899 *a* B. W. veronderstelt, dat partijen of eene van haar geen kennis droegen van het vonnis. Wanneer zij daarmede bekend waren, is wel evenzeer het geschil geëindigd en kan het dus niet meer door eene dading geëindigd worden; maar hieruit kan wel worden afgeleid, dat de dading, evenwel door partijen aangegaan, eigenlijk geene dading is of genoemd moet worden; er volgt niet uit, dat de door haar, al is het dan ook onder den naam van dading, aangegane overeenkomst krachteloos is en van onwaarde. Partijen hebben dan, afstand doende van de stelling, waarin het vonnis haar tegenover elkander heeft gebragt, zelve haar verschil op eene andere wijze willen beslissen en daaraan een ander einde geven. Dit geldt waar beide partijen van het vonnis kennis droegen; maar zoo is ook, wanneer hij, die het proces heeft gewonnen, daarmede bekend was, en de andere partij daarmede onbekend, de overeenkomst van kracht, zoodat gene daartegen niet kan opkomen, omdat hij, door haar des bewust aan te gaan, afstand gedaan heeft van het regt, zoo als hem dit bij het vonnis is toegekend, hetzij omdat zijn geweten daarmede bezwaard was, hetzij om eenige andere reden, welke dan ook. Was daarentegen hij, die het proces verloren heeft, met het vonnis bekend, zoo is het geheel anders; door hem werd dan de dading te kwader trouw aangegaan, en de andere partij kan zich op hare nietigheid beroepen, omdat zij, en dus eene der partijen, van het vonnis geen kennis droeg (1).

1100. Art. 1899 *a* B. W. veronderstelt tevens, dat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan; met andere woorden, gelijk uit het tweede lid blijkt, dat het niet meer aan eenig beroep onderhevig was. Indien het vonnis aan eenig beroep onderhevig was, is de dading van waarde, al droegen partijen er ook geen kennis van, en kan dus ook, wanneer de eene er mede bekend was, de andere op grond harer onbekendheid niet daartegen opkomen. Het verschil is dan nog niet geëindigd, en de dading dus niet zonder oorzaak (2). — Dit is zelfs het geval, wanneer het vonnis werkelijk aan geen beroep onderhevig was, maar partijen een daarover ontstaan verschil door dading hebben afgedaan; het oorspronkelijk verschil bestond dan wel niet meer, maar een nieuw verschil was daarvoor in de plaats ge-

---

(1) Verg. DURANTON, XVIII, n. 430; TROPLONG, n. 156 en v.; ZACHARIAE, II, § 422, bl. 62, n. 7; verg. § 418, bl. 58, n. 3. — (2) TROPLONG, n. 154; SCHÜLLER, op art. 1899 B. W.

komen, waaraan evenzeer door dading een einde gemaakt kon worden (1).

1101. Art. 2056 *b* C. N. laat de geldigheid der dading daarvan afhangen, of het vonnis was susceptible d'appèl. Dit leidde tot de leer, dat de bevoegdheid om in cassatie te komen de toepassing van het eerste lid niet uitsloot (2). Volgens art. 1899 *b* B. W. is het de vraag, of het vonnis aan eenig beroep onderhevig is, en ofschoon noch bij VOORDUIN, noch bij ASSER de reden dier verandering is opgegeven, is toch zeer zeker onze wet in dat opzigt van de Fransche afgeweken. Desniettemin wil DE PINTO, dat hier niet aan een beroep in cassatie gedacht mag worden (3). Maar is dit in strijd met de meer algemeene uitdrukking, door onzen wetgever gebezigd, het argument, door dien schrijver aangevoerd, mist bovendien alle kracht. Hij merkt namelijk aan, dat de vraag, of een vonnis aan hooger beroep onderworpen is, spoedig is uit te maken, maar dat de regtbank, die over een' eisch tot vernietiging der dading uitspraak moet doen, niet kan beslissen, of er grond tot cassatie bestaat. Behalve dat er geen sprake moet zijn van een' eisch tot vernietiging der dading, maar van eene beslissing over hare geldigheid of onwaarde, schijnt DE PINTO uit het oog te hebben verloren, dat de vraag, of er grond tot cassatie bestaat, gelijk staat met die, of er *teregt* kan worden geappeleerd, die echter de regtbank even weinig kan beslissen; maar dat deze, even als zij kan beoordeelen, of een vonnis aan hooger beroep *onderworpen* is, ook zeer goed beoordeelen kan, of men zich daartegen in cassatie kan voorzien.

1102. De algemeene uitdrukking der wet brengt mijns bedunkens mede, dat de dading van waarde is, wanneer het vonnis, toen zij werd aangegaan, aan eenig beroep onderhevig was, zoodat men hier moet denken, niet alleen aan het hooger beroep, maar ook aan cassatie, revisie, verzet en request civiel, ja zelfs aan een verzet door derden, wanneer de dading met een' derde was aangegaan, wiens regten door het vonnis zouden zijn benadeeld (4).

1103. De wet zegt voorts ten overvloede in art. 1895 *b* B. W., dat men tegen eene dwaling niet kan opkomen uit hoofde van benadeeling. Ten overvloede, want hetzelfde zou reeds uit art. 1486 B. W. voortvloeijen; men heeft het echter, in navolging van art. 2052 C. N., — 'twelk zelf eene Ordonnantie van 1560 navolgde, waarbij aan eene bestaande onzekerheid een einde was gemaakt, — uitdrukkelijk bepaald. En zeker kon bij eene dading nog minder dan bij eenige andere overeenkomst benadeeling eene oorzaak van vernie-

---

(1) DURANTON, XVIII, n. 432. — (2) DURANTON, XVIII, n. 431; TROPLONG, n. 155. Verg. *C. N. et Mot.*, VI, bl. 383; MALLEVILLE, IV, bl. 136. — (3) DE PINTO, II, § 1065, 2, bl. 495 en v.; 3e uitg. § 1125, 2, bl. 613. — (4) Verg. SCHÜLLER en VERNEDE, op art. 1899 B. W.

tiging zijn (1). Zoo kan er, volgens art. 1163 *b* B. W., ook geen vernietiging gevraagd worden eener dading, gemaakt om de zwarigheden, in eene akte van boedelscheiding voorkomende, uit den weg te ruimen; en zoo art. 1163 *a* de vernietiging eener dading toelaat, is het alleen omdat onder den naam eener dading inderdaad eene boedelscheiding tot stand is gebragt (2).

1104. Eveneens levert een misslag van berekening, bij eene dading begaan, geen' grond op tot vernietiging, maar moet die slechts, volgens art. 1901 B. W., worden hersteld. Dit laatste vorderde de bilijkheid eu de veronderstelde bedoeling der partijen. Het eerste is daarop gegrond, dat de dading zelve in stand behoort te blijven, al is er in hare uiteenzetting een misslag van berekening ingeslopen (3).

1105. Maar de misslag van berekening moet bij of liever *in* de dading (*dans* une transaction, zegt art. 2058 C. N.) zijn begaan, zal art. 1901 B. W. toepasselijk wezen. Was hij begaan in eene rekening, die het onderwerp der dading is geweest, zoo is hij niet in de dading begaan, maar kan hij het bewijs opleveren eener dwaling omtrent het onderwerp van het geschil, en moet in dat geval gelijke gevolgen hebben, als de wet hieraan toekende. Eene bepaling van het Ontwerp, zoo als het bij den Franschen Staatsraad in behandeling kwam, dat „la transaction sur un compte litigieux ne peut être attaqué pour cause de découverte d'erreurs ou inexactitudes dans les articles du compte", is, als strijdig met algemeene beginselen, verworpen (4).

---

(1) POTHIER, *Traité des obligations*, n. 36; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 380 en v.; MALLEVILLE, IV, bl. 134; DURANTON, XVIII, n. 424; TROPLONG, n. 139 en v.; SCHÜLLER, op art. 1895 B. W. Verg. VOORDUIN, V, bl. 425 en v. – (2) DURANTON, t. a. p.; TROPLONG, n. 141. — (3) *C. N. et Mot.*, VI, bl, 384, 393; 400; SCHÜLLER, op art. 1901 B. W. — (4) Verg. *Conf. du C. C.*, VI, bl. 325; *C. N. et Mot.*, VI, bl. 384; MALLEVILLE, IV, bl. 138 en v.; TROPLONG, n. 167 en v.

REGISTER

DER

IN DIT DEEL BEHANDELDE ARTIKELEN.



INHOUD.

DERDE BOEK.

Van verbindtenissen.

ELFDE TITEL.

Van schenkingen.

TWAALFDE TITEL.

Van bewaargeving.

AFDEELING I.

Van bewaargeving in het algemeen, en van derzelver verschillende soorten.

AFDEELING II.

Van eigenlijk gezegde bewaargeving.

Bl.

ACHTTIENDE TITEL.

Van borgtogt.

AFDEELING I.

Van den aard des borgtogts.

AFDEELING II.

Van de gevolgen van borgtogt tusschen den schuldeischer en den borg.

AFDEELING III.

Van de gevolgen van borgtogt tusschen den schuldenaar en den borg, en tusschen de borgen onderling.

AFDEELING IV.

Van het te niet gaan van borgtogt.

NEGENTIENDE TITEL.

Van dading.



